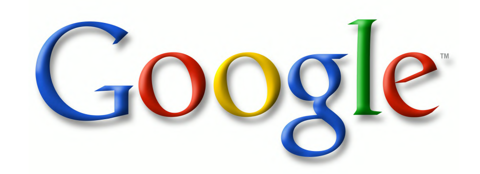
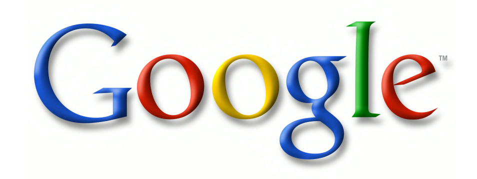
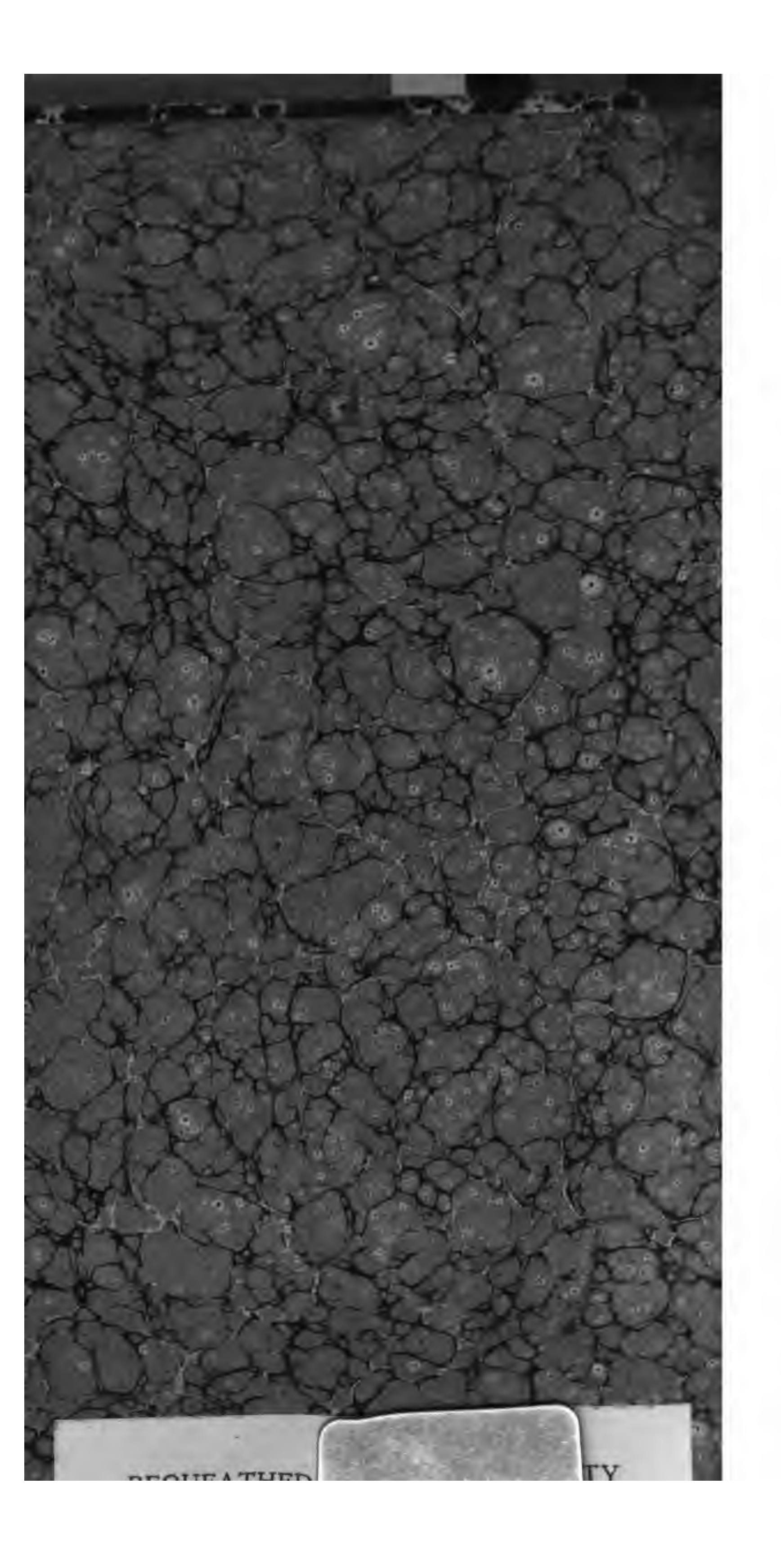
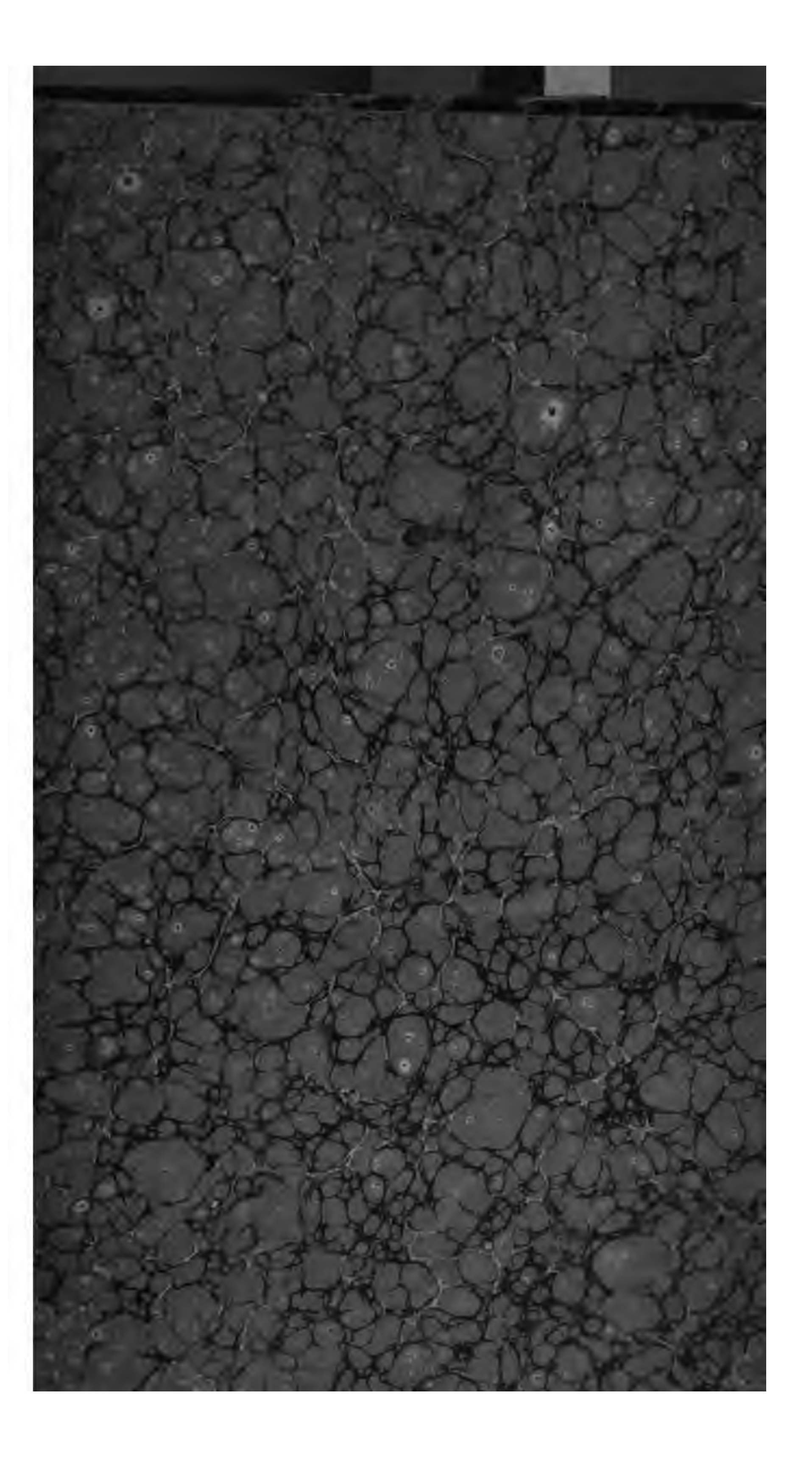


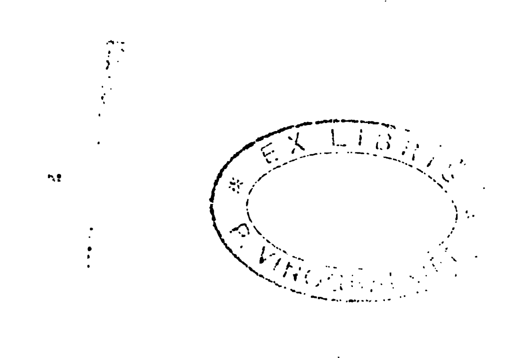




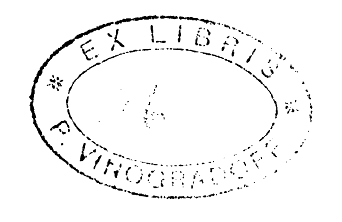




France.


EX LIBRIS

France.


EX LIBRIS
P. VINOGRADOFF

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
Rue des Missions, 15.

EXPLICATION

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DU CODE NAPOLÉON

CONTENANT

L'ANALYSE CRITIQUE DES AUTEURS ET DE LA JURISPRUDENCE

ET UN

TRAITÉ RÉSUMÉ APRÈS LE COMMENTAIRE DE CHAQUE TITRE;

PAR V. MARCADÉ,

Ancien avocat à la Cour de Cassation, au Conseil d'État et du Ministère de l'Intérieur,
l'un des rédacteurs-fondateurs de la *Revue critique de Jurisprudence.*

SIXIÈME ÉDITION

Augmentée de plusieurs Questions et des Lois et Arrêts récents.

La science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables.
Répertoire de MERLIN, v° *Novation.*

TOME QUATRIÈME

PARIS

DELAMOTTE, ADMINISTRATEUR DU RÉPERTOIRE DE L'ENREGISTREMENT
par M. Garnier,

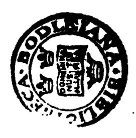
9, RUE CHRISTINE-DAUPHINE, 9

1869

EXPLICATION

DU CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.



TITRE II.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE V.

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES.

1. Après s'être occupé simultanément des Donations et des Testaments dans les trois premiers chapitres de ce titre, et avoir exclusivement consacré le chapitre IV aux Donations, le Code traite spécialement des Dispositions testamentaires dans le chapitre V.

Ce chapitre est divisé en huit sections.

Les deux premières sont consacrées *à la forme* des testaments (l'une pour les testaments ordinaires, l'autre pour les testaments privilégiés). — La section III présente la classification tripartite des legs en *universels, à titre universel*, et *à titre particulier;* et les trois suivantes, IV, V et VI, traitent séparément de ces trois classes. — La section VII s'occupe des *exécuteurs testamentaires.* — La section VIII, enfin, prévoit la révocation des legs et leur caducité.

SECTION PREMIÈRE.

DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS.

2. Il paraît impossible de justifier entièrement cette rubrique, quelque sens que l'on donne aux mots *Règles générales*. Si l'on entend par là les règles *communes* à tous les testaments, même aux testaments privilégiés, ce sera faux pour la plupart des articles de la section, puisque leurs règles n'ont aucune application à ces testaments privilégiés; si l'on entend les règles *ordinaires,* celles auxquelles il y a exception pour les

testaments privilégiés, ce sera faux pour les art. 967 et 968, puisque leurs dispositions s'appliquent évidemment à tout testament, quel qu'il soit. La vérité est que notre section contient tout à la fois quelques règles communes à tous les testaments, et des règles applicables seulement aux testaments ordinaires (*voy.* plus loin, n[os] 60 et 79).

967. — Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté.

3. On sait qu'à Rome et dans nos anciennes provinces de droit écrit, il était nécessaire que le défunt eût institué un héritier proprement dit pour que ses dispositions testamentaires fussent valables, et que, sans l'institution, il n'y avait pas de testament. C'était la première *formalité* à remplir : *ante omnia requirendum est,* disait Gaïus, *an institutio hæredis solemni more facta sit* (Comm. II, 116). Au contraire, nos coutumes françaises, en refusant à la volonté de l'homme le droit de faire des héritiers, allaient quelquefois jusqu'à déclarer nulle toute disposition de dernière volonté, par cela seul qu'elle était faite en la *forme* d'institution d'héritier (1).

4. Le Code, en rejetant quant au fond la règle du droit romain pour suivre celle de notre droit national, laisse toute latitude quant à la forme. Ainsi, pour le fond, l'art. 1002 déclare, conformément au droit coutumier, qu'un testament ne peut contenir que des legs, et que, quelle que soit la dénomination donnée par le défunt à ceux qu'il appelle, ceux-ci seront toujours simples légataires et jamais héritiers; pour ce qui est de la forme, notre art. 967 déclare qu'un testament pourra se faire aussi valablement sous le titre d'*institution d'héritier* que sous le titre de *legs.*

Le Code ne se contente pas de donner le choix entre ces deux expressions; il laisse, avons-nous dit, quant à l'emploi des termes, la plus entière latitude : chacun peut tester *sous toute dénomination propre à manifester sa volonté.* Ainsi, que le testateur ait dit : *J'institue N. héritier,* ou *Je fais N. légataire de mes biens,* ou *Je donne à N. ce que je laisserai en mourant,* ou *Je veux que N. ait ma fortune après moi,* ou *Mon désir est que N. recueille ma succession;* en un mot, quels que soient les termes employés par le défunt, et si incorrect ou si bizarre que puisse être le choix ou l'arrangement de ces termes, il y aura toujours testament valable (sauf, bien entendu, l'accomplissement des autres règles), par cela seul que l'acte indiquera l'attribution que ce défunt a voulu être faite après sa mort de tout ou partie de ses biens (art. 895).

---

(1) *Chaulmont :* « Institution d'héritier n'a point de lieu, à ce que testament soit valable. » (Art. LXXXIII.) — *Vitry :* « Audit bailliage, institution d'héritier, par testament n'autrement, n'a lieu. » (Art. CI.) — *Meaux :* « Institution d'héritier n'a point de lieu. » (Art. XXVIII.)

L'institution ne valait pas même comme simple legs : *ne quidem in vim legati.*

968. — Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle.

5. Les difficultés auxquelles donnaient lieu les testaments conjonctifs en avaient fait prononcer l'interdiction par l'ordonnance de 1735 (1); et le Code a reproduit avec raison dans notre article cette prohibition de l'ordonnance.

En effet, lorsque plusieurs personnes s'entendent pour faire leur testament dans un seul et même acte, il y a tout lieu de croire que la disposition de l'une a été déterminée par la disposition de l'autre. Si je vous lègue ma fortune dans l'acte par lequel vous me léguez la vôtre, c'est sans doute le legs que je fais qui vous décide à m'en faire un semblable; et réciproquement, si je laisse mes biens à Pierre par l'acte où vous déclarez laisser les vôtres à Paul, l'unité d'acte doit faire penser que nous nous sommes entendus pour faire telle ou telle disposition de nos deux patrimoines : si nous testons tous deux au profit de Louis, c'est que notre intention commune est de réunir nos deux fortunes sur une même tête. Toutes les fois, en un mot, que plusieurs testaments sont faits dans un même acte, il est présumable qu'il y a eu combinaison de volontés, convention entre les disposants; en sorte que l'un n'aurait pas fait sa disposition si l'autre n'avait pas consenti celle qui l'accompagne. Or, à quelle règle le législateur devra-t-il soumettre ce testament conjonctif?... S'il déclare (comme le faisait le Parlement de Paris) que l'un des testateurs ne pourra révoquer qu'en s'entendant avec les autres, ce sera contredire la nature du testament, qui doit toujours être révocable à la volonté du disposant. S'il dit (comme le Parlement de Grenoble) que chaque testateur restera libre de révoquer sans aucune condition, ce sera autoriser la fraude et la violation de la foi promise... En conséquence, le Code reproduit la disposition de l'ordonnance et pose comme seconde règle de forme la prohibition du testament conjonctif. « Il fallait, a-t-on dit dans l'Exposé des motifs, interdire une forme incompatible soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments. » (Fenet, XII, p. 553.) (2)

6. On a souvent expliqué notre article par cette idée que le testament devant être fait avec une entière liberté de la part du disposant, le législateur avait interdit le testament conjonctif, parce que chaque disposant s'y trouve soumis à l'influence du codisposant (Toullier, V, 346; M. Vazeille, n°s 1 et 2; M. Demante, II, 341). Cette explication est inexacte; car la donation doit aussi être l'œuvre du seul donateur,

(1) *Voy.* l'art. 77 de cette ordonnance dans le *Code Tripier* (art. 968).

(2) Sont valables, et ne peuvent être annulés comme constituant un testament conjonctif, deux testaments olographes conçus dans les mêmes termes et renfermant des dispositions réciproques, bien qu'ils soient écrits sur la même feuille de papier, l'un sur le *recto*, l'autre sur le *verso*, si, d'ailleurs, quoique matériellement inséparables, ils sont distincts par leur contexte, et forment ainsi deux actes séparés. Cass., 21 juill. 1851 (Dev., 51, I, 570; Dall., 51, I, 267; *J. Pal.*, 51, II, 612); *Dict. not.* (v° Testament, n° 456).

et plusieurs donations cependant peuvent se faire conjonctivement dans un même acte... Il ne faut donc chercher la cause de la disposition de notre article que dans la révocabilité absolue du testament. Et la preuve, c'est que, quand les donations deviennent révocables au gré des disposants, quand elles sont faites entre époux (art. 1096), le Code défend aussi, dans ce cas, de les faire conjonctivement (art. 1097). On a d'ailleurs vu l'Exposé des motifs.

969. — Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public ou dans la forme mystique.

7. Le Code, s'écartant ici et du droit romain, et du droit coutumier, et de l'ordonnance de 1735, admet trois espèces de testaments : olographe, public et mystique. Dans toutes trois, un acte écrit est nécessaire; il l'est aussi pour les testaments privilégiés, comme on le verra dans la section suivante.

Cette écriture n'est pas exigée seulement pour la preuve de la volonté dernière, mais pour la forme de l'acte, forme sans laquelle le testament n'a plus d'existence légale. Ainsi, quand même il s'agirait d'un legs de moins de 150 francs, ce legs serait et resterait nul s'il avait été fait verbalement ou dans toute autre forme que celles qui sont indiquées par la loi : on ne pourrait jamais ni en prouver l'existence par témoins, comme pour les contrats ordinaires (art. 1341), ni compléter par le témoignage le commencement de preuve par écrit que l'on pourrait avoir (par exemple, dans le cas d'un testament régulier, mais trop obscur pour être compris, on ne pourrait pas établir par témoins quelle a été la volonté du défunt). Ainsi encore, quand même une personne prétendrait que le défunt lui a fait tel legs, et que s'il ne l'a pas écrit, c'est à cause de la promesse formelle faite par son héritier d'exécuter sa volonté, cette personne ne pourrait rien réclamer : en effet, d'une part, il n'y a pas de testament, et d'un autre côté, la promesse faite par l'héritier ne peut produire une obligation valable, puisqu'elle constitue une convention sur une succession non ouverte (art. 1130).

8. L'ordonnance de 1539 (art. 111) et un arrêté du 25 prairial an 11 exigent que les actes notariés relatifs soit aux testaments, soit aux contrats, soient rédigés en français; cette règle s'appliquera donc aux testaments publics et à la *suscription* du testament mystique (art. 976). Quant au testament mystique et au testament olographe, rien n'empêche de les rédiger en langues étrangères.

970. — Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est assujetti à aucune autre forme.

SOMMAIRE.

I. Il faut avant tout que l'acte constitue un testament. Il ne s'agit, au surplus, que de la validité quant à la forme.

II. De l'écriture. Un seul mot d'une main étrangère vicie le testament quand il en fait partie. Peu importe sur quoi et comment le testament est écrit.
III. De la date. Elle se constitue par l'indication de l'an, du mois et du jour : dissentiment avec M. Coin-Delisle. — Peu importe la place de la date : dissentiment avec Toullier. — *Quid* quand la date se trouve incomplète ou inexacte?
IV. De la signature. Il suffit de celle que le testateur avait l'usage d'apposer à ses actes civils.
V. Le testament peut se faire par lettre missive. — Observation sur les renvois.
VI. Force probante du testament olographe.

I. — 9. Le Code, reproduisant la règle de l'ordonnance de 1735 (article 20 (1), permet ici le testament *olographe* (de *graphô*, écrire, et *olos*, entier), et il exige trois conditions pour sa validité : il faut qu'il soit *écrit* tout entier par le testateur, *daté* par lui, et *signé* (2). Avant de nous occuper des difficultés auxquelles ces conditions peuvent donner lieu, faisons deux observations importantes.

La loi nous dit, ou du moins il résulte de son texte par *à contrario*, qu'au moyen des conditions exigées, le *testament* olographe *est valable;* donc il faut avant tout qu'il y ait un testament, c'est-à-dire une disposition de tout ou partie des biens qu'on laissera *en mourant :* le Code ne dit pas que *tout acte* écrit, daté et signé par son auteur, *sera un testament valable;* il dit que *tout testament* écrit, daté et signé par son auteur, *sera valable*. — Le point de savoir si un acte est ou non un testament, si son auteur a voulu, oui ou non, disposer des biens qu'il laisserait lors de son décès, pourra souvent être embarrassant, parce que le défunt n'aura pas suffisamment expliqué sa pensée; mais ce sera toujours là une question de fait que les tribunaux devront décider par l'ensemble des circonstances, et dont la décision ne pourra jamais donner lieu à la censure de la Cour suprême. Si le défunt, en rédigeant l'acte écrit, daté et signé par lui, a eu l'intention de tester, il y a effectivement testament, et testament en bonne forme; s'il n'a pas eu cette intention, il est clair qu'il n'y a pas testament (3).

10. Le second point que nous voulons faire remarquer ici est d'une vérité évidente et n'a besoin que d'être indiqué. C'est que la triple condition d'être écrit, daté et signé par le testateur, n'assure la validité du testament olographe que *quant à la forme,* et laisse entières les questions de capacité du disposant, de disponibilité des biens légués, etc.

II. — 11. Pour être en bonne forme, le testament olographe doit être écrit en entier de la main du testateur : un seul mot faisant partie du testament et qui serait d'une main étrangère entraînerait la nullité

(1) *Voy.* cette disposition sous l'art. 970 du *Code Tripier*.

(2) Le sourd-muet qui sait lire et écrire peut faire un testament olographe. Rouen, 26 mai 1851; Pau, 23 déc. 1851 (Dev., 51, II, 716; 52, II, 468). — Un étranger peut disposer, en France, par testament olographe, quoiqu'il appartienne à un pays où ce mode de tester n'est pas admis. Cass., 25 août 1847 (Dev., 47, I, 712; Dall., 47, I, 273). *Conf.* Aubry et Rau (I, § 78, note 42, et V, § 661, p. 486); Massé et Vergé (III, § 430, note 1). *Voy.* aussi Orléans, 4 août 1859 (Dev., 60, II, 37); Cass., 9 mars 1853 (Dev., 53, I, 274; Dall., 53, I, 217).

(3) *Voy.* Rejet, 6 therm. an 12; Rejet, 5 fév. 1823; Cass., 21 mai 1833.

de l'acte ; parce que ce mot, en effet, donnerait lieu de craindre que cet acte ne fût pas l'œuvre de la seule volonté du testateur (1).

Pour qu'un mot écrit par un tiers vicie le testament, il faut, disons-nous, qu'il fasse partie du testament. Sans doute, il n'est pas nécessaire qu'il se trouve dans le corps même de l'acte ; placé en interligne ou en renvoi, il entraînerait également nullité, du moment qu'il serait l'un des éléments constituant la phrase à laquelle il se rapporte : alors, en effet, il ferait partie du testament, et l'on ne pourrait plus dire que ce testament est écrit *en entier* de la main du testateur. Mais si quelques mots, ou même plusieurs phrases, écrits d'une main étrangère sur l'acte testamentaire, ne faisaient pas partie du testament, et que celui-ci fût complet et entier sans eux, il est clair que leur présence ne nuirait pas à sa validité : la circonstance que mon testament, après sa confection, est tombé sous la main d'un tiers qui s'est avisé d'y écrire quelques mots (soit machinalement, soit à dessein peut-être de le rendre sans effet), ne peut pas empêcher d'avoir fait et de conserver un testament valable. Ce qui constitue alors le *testament* est vraiment *écrit en entier* de ma main. Au surplus, le point de savoir si les mots écrits par un tiers font ou non partie du testament serait une question de fait abandonnée à l'appréciation des magistrats.

Du moment que le testament est écrit en entier de la main du testateur, la prescription de la loi est accomplie, et l'acte est valable, de quelque manière et sur quelque substance qu'il soit écrit. Ainsi, qu'il se trouve sur du papier, du parchemin, du bois, du carton, du linge ; qu'il soit écrit avec de l'encre, avec du sang, avec tout autre liquide ou même au crayon (2) ; qu'il présente, même en grande quantité, des abréviations, des sommes en chiffres, des renvois, des interlignes, des ratures, des surcharges, tout cela importe peu : dès là qu'on peut lire l'acte, c'est tout ce qu'il faut. Du moment que cet acte contient des dispositions de dernière volonté, c'est un testament (3) ; et du moment que ce testament est écrit en entier (puis daté et signé) de la main de son auteur, c'est un testament olographe valable (4). Sans doute, si les ratures, les surcharges et les interlignes empêchaient absolument de retrouver le sens de telle ou telle phrase, on ne pourrait donner effet à ces phrases, mais ceci n'empêcherait pas d'exécuter les autres dispositions. Sans doute encore, si, par l'effet des ratures, tout le testa-

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Testament, n°s 473 et suiv.).

(2) *Conf.* Aix, 27 janv. 1846 (Dev., 48, II, 30 ; Dall., 46, II, 230) ; *Dict. not.* (v° Testament, n° 482).

(3) L'écrit déposé par un testateur en même temps que son testament olographe entre les mains d'un tiers, pour spécifier les cas dans lesquels ce testament devra être produit ou anéanti, constitue lui-même un acte testamentaire, et doit valoir comme tel s'il est écrit en entier de la main du testateur, daté et signé par lui. Lyon, 24 janv. 1865 (Dev., 66, II, 45). *Voy.* aussi *Dict. not.* (v° Testament, n°s 443 et suiv.).

(4) Mais le testament est nul, bien que l'écriture ait été physiquement et matériellement tracée par le testateur lui-même, s'il est constant qu'il ne se rendait compte ni de la valeur des caractères qu'il traçait, ni de la signification des mots produits par leur combinaison. Cass., 20 déc. 1858 (Dev., 59, I, 389 ; Dall., 59, I, 274).

ment se trouvait tellement tronqué qu'aucune phrase ne restât entière et ne présentât plus un sens complet, on devrait dire que ce n'est plus là un testament, mais les restes informes d'un testament antérieur, auquel le défunt voulait apporter des changements qu'il n'a pas réalisés avant de mourir. Mais il faudrait pour cela que les ratures n'eussent laissé entière aucune disposition; car si une seule survivait, la circonstance que le testateur n'a pas remplacé les autres ne saurait empêcher de donner effet à la première. L'opinion contraire de Toullier (V, 360) et de Grenier (n° 228, sept.) est une erreur. Car de ce qu'un testateur a supprimé telle ou telle partie de son testament, et est mort avant d'y avoir substitué de nouvelles dispositions, il est bien impossible d'en induire qu'il ait voulu supprimer aussi les parties qu'il laissait intactes (1).

III. — 12. La seconde condition exigée par notre article pour la validité du testament olographe, c'est qu'il soit *daté* de la main du testateur. Mais de quels éléments se compose la date?

Dans l'usage, la date complète se constitue de l'indication du lieu, de l'année, du mois et du jour où l'acte s'est fait; mais l'indication du lieu ne saurait être exigée. En effet, 1° les dates, dans le sens propre de ce mot, ne sont que les indications des temps, non celles des lieux: les mots *date, dater,* dans la loi comme partout ailleurs, n'expriment que l'idée de temps, d'époque; 2° l'ordonnance de 1735, en exigeant pour les testaments olographes l'indication des *jour, mois et an* (article 38), ne demandait nullement l'indication du lieu, et il paraît évident que le Code a entendu la date comme l'entendait cette ordonnance. Tout le monde est d'accord sur ce point (2).

Cet accord unanime avait toujours existé aussi pour déclarer nécessaire l'indication des jour, mois et an, lorsqu'un auteur nouveau, M. Coin-Delisle (n° 28), est venu prétendre que l'expression du jour n'était pas indispensable, et que celle de l'année et du mois était suffisante. Nous ne saurions partager son opinion. Sans doute, l'indication du mois et de l'année (*fait en janvier* 1844) est bien une date, mais notre article n'a pas pu entendre parler d'une date quelconque; car c'est aussi une date que l'indication de l'année seule (en 1844), et M. Coin-Delisle n'ose cependant pas dire que cette indication suffirait... La *date,* c'est-à-dire la *précision de l'époque*, est quelque chose d'indéterminé, parce qu'il y a des degrés, du plus et du moins, dans la précision, et que l'on peut dater par heures et par minutes, comme on peut ne le faire que par années ou par siècles. Cela étant, et le Code, bien évidemment, n'ayant pas entendu se contenter d'une date telle quelle, il faut bien déterminer par les circonstances l'expression trop vague dont il s'est servi. Or, puisque l'usage général, et bien connu

---

(1) *Conf.* Vazeille (n° 4); Poujol (n° 6); Coin-Delisle (n° 19); Rej., 15 janv. 1834 (Dev., 34, I, 173); *Dict. not.* (v° Testament, n°s 486 et suiv.).

(2) *Conf.* Cass., 31 janv. 1859 (Dev., 59, I, 337; Dall., 59, I, 66); Cass., 31 juill. 1860 (Dev., 60, I, 769; Dall., 60, I, 450; *J. Pal.*, 60, 1104); *Dict. not.* (v° Testament, n° 504).

des rédacteurs, était d'indiquer le jour dans la date, et que l'ordonnance de 1735, à laquelle rien n'annonce qu'on ait voulu déroger, l'exigeait positivement, c'est une double raison pour reconnaître avec tous les auteurs la nécessité de cette indication; toute autre décision serait nécessairement arbitraire et sans base : l'un se contenterait de l'année, l'autre demanderait les minutes... — Il est évident, au surplus, que le jour pourrait se trouver indiqué sans qu'on eût exprimé le quantième du mois. Ainsi la date sera très-régulière quand on aura dit : le 1er dimanche d'avril 1835, le jour de Pâques 1836, etc. (1).

13. La place que la date occupe dans l'acte est indifférente, pourvu qu'elle s'applique bien au testament entier. Ainsi, qu'elle soit mise en tête du testament, qu'elle se trouve dans le corps même de la disposition, qu'elle ne vienne qu'après l'acte terminé et avant la signature, enfin qu'elle suive la signature et forme la dernière ligne de l'acte : dans tous les cas, il y aura validité. Toullier cependant enseigne (V, 375) qu'il y aurait nullité dans le dernier cas, c'est-à-dire quand la date ne vient qu'après la signature; mais c'est une erreur, et les deux motifs sur lesquels cet auteur s'appuie sont inacceptables l'un et l'autre. — C'est la signature, dit-il d'abord, qui termine l'acte, et ce qui vient après cette signature est dès lors en dehors du testament. Ce n'est là qu'un sophisme qui se réfute deux fois pour une. Si on prend le mot *testament* dans son sens restreint, dans le sens où le prend précisément notre article, il ne sera pas vrai que la signature soit la fin du testament, qu'elle soit une partie du testament; elle n'en sera, et la date aussi, qu'un accessoire. Car dire, comme le Code, comme tout le monde, comme Toullier lui-même, que *le testament doit être daté et signé,* c'est dire que la date et la signature ne sont pas des parties du testament, mais des éléments qui s'ajoutent au testament : si le testament comprenait la date et la signature, on ne pourrait pas parler de dater ou de signer un testament... Que si on prend le mot *testament* dans son sens large, il est vrai que la signature en sera une partie; mais la date en sera une aussi, et il n'y aura aucune raison pour que celle-là soit nécessairement la partie dernière plutôt que celle-ci. — Toullier argumente ensuite de l'ordre des mots employés par le Code, qui demande que le testament soit *daté et signé,* et non pas *signé et daté*. Mais, à part la puérilité d'un tel motif, le texte même de la loi le réfute. Elle demande, en effet, que le testament soit *écrit, daté et signé*. Si donc la loi tenait à l'accomplissement des conditions dans l'ordre de leur indication, il serait indispensable que le testament fût écrit en entier avant d'être daté. Or, Toullier lui-même reconnaît (n° 376) que la date peut fort bien précéder les dispositions. Il se condamne donc lui-même, et c'est avec raison que les arrêts rejettent sa doctrine (2).

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Testament, n° 503).

(2) Paris, 13 août 1811; Besançon, 7 fév. 1823; Bordeaux, 12 janv, 1825; Rejet, 9 mai 1825; Paris, 22 avr. 1828; Rennes, 11 fév. 1830; Rejet, 11 mai 1831 (Dev., 1831, I, 189); *Dict. not.* (v° Testament, n° 511).

Mais le testament dans lequel la signature précède la date pourrait fort bien être annulé par la raison *de fait* que la date ne serait pas en relation avec le testament, que par son éloignement et par telle ou telle autre circonstance elle doit être regardée comme ne se rapportant pas à lui, et que par conséquent il existe d'une part une date isolée ne portant sur rien (ou seulement sur une écriture autre que le testament), et d'un autre côté un testament signé, mais non daté : une fois qu'il serait établi *en fait* que le testament n'est pas daté, il faudrait bien en conclure *en droit* que ce testament est nul.

Ce droit d'appréciation des faits existerait aussi, évidemment, pour la date mise au milieu des dispositions, quant au point de savoir si cette date se rapporte bien aux dispositions qui la suivent comme à celles qui la précèdent, ou si les premières ne doivent pas être déclarées dépourvues de date, et partant jugées nulles. Il est donc prudent aux testateurs, pour mettre l'exécution de leurs volontés à l'abri de tout danger, d'écrire leur testament dans cet ordre : 1° rédaction entière et continue de toutes les dispositions; 2° apposition immédiate, et par un alinéa exprès, de la date précise, et 3° au-dessous de tout le reste, apposition de la signature ordinaire et régulière.

14. Une date incomplète entraînerait la nullité du testament, puisque l'acte ne présente alors qu'une fraction de date et non pas une date. Ainsi, la date qui, par l'omission de quelques mots ou par suite de surcharges ou de ratures, ne présenterait que ces mots : *fait à Paris le 10 mai mil sept,* devrait en principe être déclarée nulle (1). Il en serait de même du testament dont la date se trouverait évidemment fausse : par exemple, s'il était daté de 1830, et qu'il fût prouvé que le papier sur lequel il est écrit n'a été fabriqué qu'en 1835; ou bien s'il était daté de 1842, et que le testateur fût mort en 1839. Il est clair, en effet, que la loi, quand elle exige la date du testament, entend par là l'indication vraie de l'époque où ce testament est fait, et non l'indication d'une époque quelconque (2). Mais le testament devrait être maintenu si la date incomplète pouvait se compléter par des circonstances tirées de ce même testament; et il en serait de même du cas de date inexacte, si le testament présentait des éléments ramenant à la date véritable. Ainsi, supposons que le testament daté de *mil sept,* et dont l'auteur serait mort de 1808 à 1816, dispose entre autres objets d'une maison qui n'a été acquise par le testateur que dans le dix-neuvième siècle, après 1800, il devient certain que le testament n'a pas été fait en *mil sept* (*cent,* etc.), et qu'il l'a été en *mil* (*huit cent*) *sept.* De même, si le testament d'une

---

(1) Cass., 3 mars 1846 (Dev., 46, I, 565; Dall., 46, I, 216); *Dict. not.* (v° Testament, n°s 522 et suiv.).

(2) Rouen, 10 juin 1829; Riom, 8 août 1837; Rej., 9 janv. 1839; Rouen, 14 avr. 1847 (Dev., 1839, I, 433; *J. Pal.*, 1848, II, 569); Cass., 31 janv. 1859, 18 août 1859, 20 fév. 1860, 31 juill. 1860, 11 mai 1864 (Dev., 59, I, 337; 60, I, 139; 60, I, 769; 64, I, 233; Dall., 59, I, 66; 59, I, 415; 60, I, 116; 64, I, 294); Orléans, 29 juill. 1865 (Dev., 65, II, 272). *Conf.* Troplong (n° 1487); Massé et Vergé (III, § 438, note 3); Demolombe (IV, n° 87). — Le testament est nul pour le tout, bien que la fausseté de la date ne soit démontrée qu'à l'égard de quelques-unes des dispositions. Bordeaux, 24 mars 1858 (Dev., 60, I, 769).

personne morte en 1844 était daté de *mil* NEUF *cent quarante,* on déciderait facilement que le testateur a voulu et cru mettre *mil* HUIT *cent quarante,* et que le testament se trouve suffisamment daté (Rej., 19 février 1818; Rouen, 23 juill. 1825; Rej., 2 mars 1830) (1).

IV. — 15. Le testament olographe doit enfin être signé. Mais en quoi consiste la signature d'une personne? Suffit-il de l'initiale de son nom accompagnée de son titre de noblesse, ou d'un prénom suivi de l'initiale du nom, ou des prénoms suivis d'un titre de dignité (comme il est d'usage pour les évêques), ou d'un surnom sous lequel la personne a toujours été connue; ou bien faut-il absolument le nom de famille du testateur?

Régulièrement, la signature est l'apposition du *nom de famille* faite de la manière ordinaire à la personne; mais s'il est plus régulier de signer de son nom de famille, ce n'est cependant pas obligatoire, et on peut le faire de toute autre manière. Aucune loi n'ordonne de signer de telle ou telle façon; et comme la signature, le seing, le *signe* d'une personne, n'est autre chose que le moyen adopté par elle d'exprimer au bas des actes son identité, le *moi,* d'indiquer et faire reconnaître sa personnalité (*signum, signare, designare*), on doit accepter comme signature valable le mode quel qu'il soit que la personne avait l'habitude d'employer. Ainsi, que le testateur ait signé d'un nom qui n'était pas celui de sa famille, mais un surnom à lui particulier, qu'il ait employé des initiales suivies du titre d'une terre ou d'une dignité, il n'y aura jamais qu'un point à examiner: est-ce ainsi que le testateur avait l'usage de signer ses actes civils? (2) — Cela s'appliquerait, suivant la doctrine de Merlin (v° Signat., § 3, art. 4) et nonobstant celle de M. Duranton (IX, 40), même au cas de simples initiales sans aucune addition; car du moment que le défunt avait l'usage de signer ainsi ses actes, même les plus importants, on ne peut pas dire qu'il n'ait pas signé, qu'il n'ait pas mis sa marque, son signe, sa signature (*signum, signare*). En un mot, le seing du testament sera valable, dès qu'il est celui que le testateur avait coutume d'employer.

D'après cela, c'est par les circonstances du fait que l'on déciderait si un testament est valablement signé quand le nom du testateur s'y trouve mis dans le corps même de la dernière phrase au lieu d'être séparé de tout le reste de l'écriture : *fait et signé par moi, Michel-François Falla, le* 20 *décembre* 1809. Si les noms sont accompagnés du paraphe ordinaire à la personne; si cette personne, ne se servant jamais du paraphe ou ne s'en servant pas toujours, a eu soin d'écrire

---

(1) *Adde :* Cass., 8 mai 1855, 6 août 1856, 18 janv. 1858 (Dev., 55, I, 327; 56, I, 778; 58, I, 177; Dall., 55, I, 163; 56, I, 431; 58, I, 24). — La fausseté ou l'inexactitude de la date ne peut d'ailleurs être rectifiée pour valider le testament que lorsqu'elle est le résultat d'une erreur, mais non lorsqu'elle est le résultat de la volonté du testateur. Cass., 11 mai 1864 (Dev., 64, I, 233; Dall., 64, I, 294). *Conf.* Demolombe (IV, n° 91); *Dict. not.* (v° Testament, n° 528).

(2) *Conf.* Pau, 13 juill. 1822; Rej., 23 mars 1824; Bourges, 19 août 1824; Bordeaux, 7 mars 1827; Rej., 10 mars 1829; Paris, 7 avr. 1848 (Dev., 48, II, 217; Dall., 48, II, 90).

son nom d'un caractère plus saillant que tout le reste; si enfin les noms, même d'une écriture semblable à tout le reste, émanent d'une personne dont tous les actes ou plusieurs actes ont été signés ainsi d'une écriture ordinaire et fondus dans la dernière phrase, on devra dire que c'est là vraiment la signature du testateur et que le testament est valable. Si, au contraire, les noms ainsi écrits sans paraphe, sans distinction du corps de l'acte, émanent d'une personne qui a toujours apposé à ses actes une signature séparée, on dirait avec raison que ces noms ne constituent pas la signature; qu'ils annoncent et développent la signature qu'on se proposait de mettre au-dessous, et que cette signature n'ayant pas été apposée, l'acte est resté à l'état de projet, et ne peut avoir effet.

V. — 16. Une fois que le testament est écrit, daté et signé de la main du testateur, il est parfaitement valable; car *il n'est assujetti*, dit notre article, *à aucune autre forme* (1). Il est donc valable dans une lettre missive aussi bien que partout ailleurs; le Code n'a point reproduit la prohibition portée autrefois par l'ordonnance de 1735 (art. 3); et quand M. Bigot-Préameneu a dit dans l'Exposé des motifs (Fenet, XII, p. 553) que de pareilles dispositions ne seraient point admises, il a commis une erreur évidente et rejetée en effet par les auteurs et les arrêts (2). Seulement, il faut, évidemment, qu'il soit constaté que l'auteur de la lettre a bien entendu que les lignes qu'il écrivait constituaient son testament; et il faudrait se tenir en garde pour ne pas attribuer ce caractère à la lettre qui n'aurait été écrite que pour annoncer que l'on fait ou que l'on va faire un testament dont on indique les dispositions. Par exemple, si une lettre disait seulement : « *Mon cher ami, je fais mon testament dans les termes que je vous avais annoncés : j'y lègue telle chose à N., telle chose à N., et j'y réduis N. à n'avoir que telle chose* »., il est clair que ce n'est là que l'avis d'un testament que l'auteur de la lettre rédige chez lui; mais si la lettre disait : « *Je vous envoie ci-dessous mon testament, en vous priant d'en rester dépositaire pour veiller, le cas échéant, à son exécution* », il n'y aurait plus de doute possible sur l'intention de l'auteur de la lettre (3). — Au surplus, le point de savoir si la lettre contient vraiment le testament, ou seulement l'annonce et l'explication du testament projeté, serait une question de fait soumise à l'appréciation des magistrats, et sur laquelle (comme sur beaucoup d'autres relatives à cette matière) on échapperait à la censure de la Cour suprême. La cassation devrait être admise, si les juges

(1) Comp. Cass., 4 nov. 1857 (Dev., 58, I, 33; Dall., 58, I, 75).

(2) Notamment Merlin (*Rép.*, v° Testament, sect. 2, § 1, art. 5); Grenier (n° 228); Toullier (V, 378); Duranton (IX, 26); Coin-Delisle (n° 24); Aubry et Rau (V, § 668, p. 498); Massé et Vergé (III, § 437); Demolombe (IV, n° 125); *Dict. not.* (v° Testament, n° 454); Colmar, 5 avr. 1824; Poitiers, 16 mars 1864 (Dev., 65, II, 63); *J. Pal.*, 65, 338).

(3) *Conf.* Rouen, 14 avr. 1847; Paris, 25 mai 1852 (Dev., 48, II, 447; 52, II, 289; *J. Pal.*, 48, II, 569; 52, II, 232). — Le *post-scriptum* non signé d'une lettre ne peut valoir comme testament olographe, alors même que dans le corps de la lettre le signataire annoncerait au destinataire qu'il va faire son testament en sa faveur. Grenoble, 22 fév. 1865 (Dev., 66, II, 16).

avaient prononcé la nullité, en reconnaissant que la lettre écrite, datée et signée par son auteur, était faite dans l'intention de tester; mais elle serait impossible toutes les fois qu'ils auraient déclaré (même à tort) que cette lettre, au contraire, ne constituait pas un testament.

17. Les renvois, comme le corps même du testament, ne sont valables que sous la condition d'être écrits, datés et signés par le testateur. Mais une date et une signature spéciales ne sont pas toujours nécessaires : quand le renvoi est fait au même moment que le principal et se lie avec lui-même pour le temps, il n'y a qu'un seul tout indivisible pour lequel il suffit d'une seule date, comme d'une seule signature; mais si ce renvoi a été ajouté au testament à une autre époque que celle de la confection, c'est vraiment une disposition nouvelle, qui a besoin dès lors d'une nouvelle signature, et surtout d'une nouvelle date. Il est vrai que tout renvoi ne portant pas une date nouvelle doit pour cela seul être présumé se reporter au temps même de la confection de l'acte (1); mais comme le contraire pourrait se trouver prouvé (soit parce que le légataire ou l'objet légué n'existaient pas à la date indiquée, soit par la différence d'encre, soit autrement), la date et la signature nouvelle ne seraient pas omises sans danger; et comme, pour les renvois même faits en même temps que le testament, on pourrait quelquefois élever des difficultés (ne fût-ce que pour une différence d'encre ou de plume), il sera toujours très-prudent à un testateur ou de signer et dater tous ses renvois, ou d'approuver ces renvois (en indiquant leur nombre) au-dessus de la date et de la signature (2).

VI. — 18. Le testament olographe, si régulier qu'il soit, ne peut jamais avoir la force probante d'un testament notarié. Ce testament, en effet, quoi qu'on en ait pu dire, n'est pas un acte authentique, mais un acte sous seing privé. « L'acte authentique, dit l'art. 1317, est celui qui a été reçu par officiers publics »; or, le testament olographe n'est pas dans ce cas. En vain on dirait que la loi ayant accordé à tout le monde le droit de faire le testament, chacun se trouve en quelque sorte officier public pour la rédaction de son testament. Ce serait faire un cercle vicieux; car pour conclure, du droit que j'ai de rédiger tel acte, que je suis un officier public, il faudrait d'abord qu'il fût constaté que cet acte est authentique.

Le testament olographe n'est donc qu'un acte sous seing privé, et par conséquent l'héritier contre qui on en demande l'exécution n'aurait pas besoin de recourir à la voie de l'inscription de faux pour en attaquer la véracité. Ainsi, si cet héritier prétend que la date est fausse, et que le testament que son auteur a déclaré être fait en 1835 (époque où cet auteur était capable) ne l'a été qu'en 1840 (alors que cet auteur

(1) Comp. Orléans, 3 juill. 1858; Dijon, 24 mars 1859, 24 juill. 1861; Cass., 3 mai 1859, 18 août 1862 (Dev., 59, II, 139; 59, II, 323; 61, II, 539; 59, I, 369; 63, I, 268; Dall., 58, II, 145; 61, II, 151; 59, I, 369; 63, I, 268); *Dict. not.* (v° Testament, n° 495).

(2) *Voy.* en ce sens Cass., 27 juin 1860, 16 déc. 1861; Amiens, 6 fév. 1862 (Dev., 60, I, 773; 62, I, 15; 62, II, 203; Dall., 60, I, 287; 62, I, 95; *J. Pal.*, 61, 166; 62, 385.

était interdit), il pourra en administrer la preuve par tous les moyens propres à établir cette fraude.

Bien entendu, ce serait ici à l'héritier à faire preuve de la fausseté de la date et non pas au légataire à en prouver la vérité, car une fois que le testament régulier est reconnu émané du défunt, il fait nécessairement foi jusqu'à une preuve contraire : la présomption étant toujours en faveur de la vérité (1). Mais il en serait autrement, et ce serait au légataire à faire la preuve, s'il s'agissait de savoir si le testament appartient oui ou non au défunt, et s'il est ou non régulier. Ainsi, il suffirait à l'héritier de dire qu'il ne reconnaît pas l'écriture ou la signature de son auteur, pour que le légataire eût à établir que cette écriture et cette signature sont bien celles du défunt; de même, si l'héritier, en reconnaissant que le testament est écrit par son auteur, prétend qu'il contient une phrase écrite d'une main étrangère, ce serait encore au légataire à prouver que cette phrase est de la même main que le reste du testament. Il est clair, en effet, que c'est à celui qui réclame un droit à prouver qu'il lui appartient, et que, par conséquent, le légataire, venant demander à l'héritier l'exécution du testament, doit commencer par établir que ce testament est valable (2).

19. Ce que nous venons de dire ne s'applique pas au cas d'un légataire universel en présence d'un héritier non réservataire. Ce légataire, alors, n'a pas de délivrance à demander à l'héritier; il doit seulement se faire mettre en possession par une ordonnance du président. Nous examinerons ce cas sous les art. 1006, 1007 et 1008.

971. — Le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins.

20. Du testament par acte privé, le Code passe au testament par acte public, dont s'occupent notre article et les quatre suivants; puis il traitera du testament mystique, dans les quatre art. 976-979, pour terminer la section par une règle relative aux témoins (art. 980).

Le testament public étant un acte notarié, il se trouve donc soumis en général aux règles indiquées par la loi du 25 ventôse an 11 pour les actes reçus par les notaires, en même temps qu'il reçoit l'application obligée de celles qui sont tracées par le Code Napoléon (3). Nous disons que le testament est soumis aux règles de la loi de ventôse *en général*, et non pas pour tout absolument. Il est clair, en effet, que pour les points qui sont réglés différemment par la loi de ventôse et par le Code, c'est à celui-ci et non à la première qu'il faut s'en tenir. C'est ce qui a

---

(1) *Conf.* Cass., 4 janv. 1847; 22 fév. 1853 (Dev., 47, I, 357; 53, I, 328; Dall., 47, I, 147; 53, I, 131); Aubry et Rau (V, § 669, p. 504).

(2) Le testament ne fait pas foi de sa date jusqu'à inscription de faux lorsqu'il est attaqué pour cause de dol et de fraude. Cass., 22 fév. 1853 (Dev., 53, I, 328; Dall., 53, I, 131).

(3) Voy. *Dict. not.* (v° Testament, n°s 175, 195 et suiv.).

lieu, notamment, pour le nombre, la capacité et les devoirs des témoins; ainsi notre article exige deux notaires et deux témoins, ou un notaire et quatre témoins, tandis que la loi de ventôse (art. 9) se contente de deux notaires sans témoins et de deux témoins avec un seul notaire (*voy.* aussi art. 974, 975 et 980).

Les formes exigées par la loi de ventôse pour les divers actes notariés le sont tantôt à peine de nullité, tantôt sous telle autre peine laissant subsister la validité de l'acte; celles que le Code impose ici aux testaments le sont toutes à peine de nullité (art. 1001) : l'acte testamentaire sera donc nul toutes les fois qu'on y aura omis une formalité exigée par le Code, que cette formalité soit ou non requise d'ailleurs par la loi de ventôse (1).

972. — Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté.

S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur, et écrit par ce notaire.

Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins.

Il est fait du tout mention expresse.

SOMMAIRE.

I. Quatre formalités exigées par notre article (à peine de nullité). 1° Le testateur doit dicter lui-même ses volontés.

II. 2° Elles doivent être écrites par le notaire lui-même, et telles qu'on les lui dicte, sauf rédaction. — Du cas où le testateur ne parlerait pas la langue française.

III. 3° Il doit être donné lecture de l'acte au testateur en présence des témoins.

IV. 4° Enfin le notaire rédacteur doit mentionner l'accomplissement des trois formalités en termes qui ne laissent aucun doute sur cet accomplissement.

I. — 21. La loi assujettit, dans notre article, la rédaction du testament à des règles sévères ayant pour but de garantir la sincérité de l'expression des volontés. 1° Le testateur doit dicter lui-même son testament au notaire, ou aux deux notaires, par qui il est reçu; 2° le notaire, ou l'un des deux notaires, doit écrire ce testament tel qu'on le lui dicte; 3° une fois la rédaction terminée, on doit en donner lecture au testateur, en présence des témoins; 4° enfin, l'officier public doit mentionner l'accomplissement de ces trois formalités. Et n'oublions pas que l'omission d'une de ces formalités entraînerait la nullité de l'acte (article 1001).

Et d'abord, c'est le testateur lui-même qui doit dicter son testament, de telle façon que le notaire n'ait qu'à copier ses paroles. La loi évite

---

(1) La présence des témoins est nécessaire pendant toute la durée de la confection du testament, et l'absence de l'un d'eux, quelque courte qu'elle soit, est une cause de nullité. Bordeaux, 8 mai 1860 (Dev., 60, II, 433); Cass., 18 janv. 1864 (Dev., 64, I, 81; Dall., 64, I, 139). *Voy.* aussi Dijon, 29 juin 1864 (Dev., 64, II, 304), et *Dict. not.* (v° Testament, n°s 217 et suiv.).

scrupuleusement tout ce qui pourrait faire craindre que le testament ne fût pas l'œuvre du testateur seul; et tandis que pour tous autres actes (par exemple, pour une donation entre-vifs) elle permet au notaire de dresser l'acte seul, et même arrière de la partie, sur les instructions que celle-ci lui aura données, elle réduit ici cet officier au rôle d'un secrétaire qui ne doit rien écrire autre chose que ce qui lui est dicté, et sous la dictée même de celui qui parle. Un testament que le notaire avait ainsi rédigé après coup, sur les instructions qu'il avait reçues, a été, avec raison, déclaré nul. Un autre testament a été déclaré nul également (et cela devait être encore), parce que le notaire, après avoir reçu la déclaration du disposant, malade du choléra dans son lit, s'était mis dans une autre pièce pour écrire cette déclaration (1).

A plus forte raison l'acte serait-il annulé si le notaire avait procédé par interrogation, au lieu de laisser le disposant exprimer ses idées de lui-même, et qu'il fût ainsi sorti du rôle de secrétaire que la loi lui assigne (2). Rien, au surplus, n'empêche le testateur de se faire renseigner, avant la rédaction, par tel conseil qu'il voudra choisir, fût-ce le notaire qui doit recevoir l'acte, et de dicter ses volontés en lisant les notes que ce conseil lui aurait remises, ou même un modèle qu'il aurait fait rédiger par ce même conseil. Rien n'empêche non plus le notaire d'adresser au testateur quelques questions ou observations pour faire développer et rendre plus claires les volontés exprimées par le disposant; il peut même lui suggérer des *mots* exprimant mieux la pensée, mais il doit se garder de lui suggérer des *idées* nouvelles (3).

II. — 22. Ce que nous venons de dire sur la première règle de notre article (que le testateur doit dicter lui-même son testament au notaire) explique en même temps la seconde (que le notaire doit écrire le testament tel qu'il lui est dicté). Mais il ne faudrait pas pousser cette idée jusqu'au ridicule : le notaire, bien entendu, n'est pas tenu de reproduire les fautes de français, les expressions impropres et les tournures bizarres que pourrait employer le testateur. S'il ne doit être que secrétaire, il peut du moins se montrer secrétaire intelligent et instruit; seulement, en ne s'écartant jamais de la pensée, il doit ne s'écarter des mots eux-mêmes que quand les convenances du langage l'exigent.

C'est le notaire lui-même qui doit écrire les volontés du testateur sous la dictée de celui-ci; il ne pourrait pas, comme on le fait pour les autres actes, confier ce soin à un clerc (4). Dans les autres cas, il suffit que l'acte, écrit par n'importe qui, soit lu aux parties par le notaire ou en présence du notaire : la loi ne demande rien de plus; mais pour le testament, notre article exigeant qu'il soit écrit par le notaire ou l'un des notaires, il y aurait contravention s'il était écrit par tout autre, et

---

(1) Rej., 12 août 1834; Rej., 20 janv. 1840 (Dev., 35, 1, 202; 40, I, 111); *Dict. not.* (v° Testament, n° 250).

(2) *Conf.* Bordeaux, 9 mars 1859 (Dev., 59, II, 609); Cass., 15 janv. 1866 (Dev., 66, I, 47); *Dict. not.* (v° Testament, n°s 232 et suiv.); Demolombe (IV, n° 245).

(3) Cass., 19 mars 1861 (Dev., 61, I, 760; Dall., 61, I, 99). *Voy.* aussi Grenoble, 7 déc. 1849 (Dev., 50, II, 411; Dall., 50, II, 195).

(4) Conf. *Dict. not.* (v° Testament, n°s 279 et suiv.).

cette contravention entraînerait nullité d'après l'art. 1001. — Mais il ne faudrait pas appliquer cette règle à l'acte tout entier; elle ne porte que sur le *testament* pris dans son sens restreint, c'est-à-dire sur la partie de l'acte qui contient l'expression des volontés de la personne. Quant au préambule constatant la comparution du testateur, les noms, demeures et qualités des témoins, etc., il est clair qu'il pourrait être préparé d'avance et écrit par une main quelconque; car ce n'est pas le testateur qui dicte tout ceci, et notre article n'exige l'écriture du notaire que pour ce qui est dicté par le testateur (1). Il ne faudrait pas non plus adopter l'étrange idée d'un auteur (Bousquet, n° 10) qui pense qu'une déclaration de nullité serait à craindre, si les paroles du testateur, dans le cas de deux notaires, avaient été recueillies et écrites en partie par l'un des notaires, et pour l'autre partie par le second (parce que le premier se serait trouvé indisposé et n'aurait pu continuer d'écrire). N'est-il pas évident que les deux notaires ayant exactement la même capacité, il est indifférent que la dictée soit recueillie par celui-ci ou par celui-là, ou en partie par l'un et en partie par l'autre? (2)

23. La règle qui veut que le testament public soit écrit par le notaire et sous la dictée du testateur a donné lieu à controverse, pour le cas où le testateur ne parle pas la langue française. Nos anciennes lois défendaient de rédiger aucun acte public autrement qu'en français; et un arrêté du 24 prairial an 11 a ordonné que les actes publics, dans les départements de la ci-devant Belgique, de la rive gauche du Rhin, du Tanaro, du Pô, et dans les autres où l'usage de dresser les actes dans la langue de ces pays se serait maintenu, soient écrits en langue française. La volonté du législateur, quoique aucun texte ne l'exprime d'une manière générale et absolue, est donc que tous les actes publics dressés en France soient écrits en français, et il est du devoir des notaires de se conformer à cette règle pour les testaments comme pour tous autres actes. — Donc, lorsqu'un testament est dicté dans une langue étrangère, le notaire doit écrire en français les idées qu'on lui exprime dans l'autre langue; mais ce cas donne lieu à plusieurs observations.

Il est évident, d'abord, que le notaire doit nécessairement posséder et la langue française et celle que parle le testateur, et qu'il ne pourrait pas se faire traduire la dictée de celui-ci par un interprète; car c'est le notaire en personne, et non pas un tiers, qui doit recueillir de la bouche du disposant l'expression de ses volontés. Il n'est pas moins certain que le second notaire et les deux témoins, ou bien les quatre témoins, doivent comprendre aussi la langue du testateur; car les témoins sont les coopérateurs et les surveillants du notaire, et il faut qu'ils sachent par eux-mêmes si la personne qui parle dicte un testament, et quel testament. Mais il n'est pas également nécessaire que

(1) *Conf.* Massé et Vergé (III, § 439, p. 108, note 25); Aubry et Rau (V, § 670, p. 514); Troplong (III, n° 1522); *Dict. not.* (v° Testament, n° 220). *Voy.* cependant Cass., 27 avr. 1857 (Dev., 57, I, 522; Dall., 57, I, 365).

(2) Conf. *Dict. not.* (v° Testament, n° 283).

ces témoins connaissent aussi le français : un testament peut très-bien être reçu en présence de quatre personnes qui ne connaissent que la langue du testateur, pourvu que le notaire possède simultanément cette langue et la langue française. Seulement, le notaire doit alors, selon nous, écrire l'acte dans les deux langues, en plaçant à mi-marge, en regard du français, la langue du testateur et des témoins, comme le permet positivement l'arrêté sus-indiqué du 24 prairial; et la lecture requise par notre article sera faite, bien entendu, dans la langue du testateur. Au moyen de ces deux textes, en effet, et avec les circonstances que nous supposons, toutes les prescriptions de la loi sont scrupuleusement suivies, toutes ses intentions respectées, et on ne voit pas sous quel prétexte ce testament pourrait être critiqué. Le notaire et les témoins ont parfaitement compris le testateur; le testateur et les témoins ont pu suivre des yeux le notaire écrivant dans leur langue, et ils ont parfaitement compris la lecture que leur a faite le notaire du texte écrit dans cette même langue. On a donc, quant à ce texte, toutes les garanties de sincérité que requiert notre article; et comme ce texte demeure là, en regard du texte français, la fraude n'est pas à craindre non plus dans ce dernier...

Nous ne saurions donc adopter sur ce point la doctrine que professent ou à laquelle penchent la plupart des auteurs, que les témoins doivent nécessairement entendre, comme le notaire, et la langue du testateur et aussi la langue française (1). Mais nous ne saurions adopter non plus le système tout contraire résultant de quelques arrêts et suivi par M. Coin-Delisle. Suivant ce système, l'écriture dans la langue du testateur ne serait aucunement nécessaire; et il suffirait que le notaire, après avoir écrit en français seulement, fît la lecture de ce français en l'interprétant dans la langue du testateur et des témoins. Mais où est alors cette garantie, voulue par la loi, de témoins pouvant suivre des yeux le notaire à mesure qu'il écrit les paroles du testateur dans une langue qu'ils connaissent, et relisant ensuite toute sa rédaction dans cette même langue? Ne voyez-vous pas qu'avec un testateur et des témoins ne connaissant que l'allemand, alors que le notaire écrit en français *ce qu'il veut* et relit ensuite ce français *comme il veut*, le contrôle des témoins et la surveillance du testateur deviennent nuls? (2)

L'arrêté du 24 prairial ni aucun autre texte législatif ne prononçant aucune espèce de peine pour le cas où des notaires recevraient un acte dans une langue étrangère, il n'y aurait donc rien à craindre pour la validité du testament que le notaire n'aurait pas écrit en français. Mais le notaire qui agirait ainsi n'en manquerait pas moins à son devoir, et le seul moyen de concilier ce devoir avec les prescriptions rigoureuses du Code Napoléon sur les testaments, c'est de suivre le mode qu'indique

---

(1-2) Merlin (*Quest.*, v° Testament, I, 17, art. 2, 3 et 4); Toullier (V, 383); Grenier (n° 255); Duranton (IX, 79); Poujol (art. 974, n° 3); Vazeille (art. 980, n° 5). *Contrà :* Coin-Delisle (art. 980, n°s 25-27). Voy. *Dict. not.* (v° Langue française et v° Testament, n°s 242 et suiv.).

l'arrêté de prairial lui-même et dont nous venons de parler, en écrivant et en français et en langue étrangère.

III. — 24. Une fois que l'acte est rédigé par le notaire tel qu'il a été dicté par le testateur, il doit en être donné lecture au testateur en présence des témoins, afin qu'il soit bien certain pour tout le monde qu'on a exactement reproduit la pensée du disposant, et que celui-ci puisse faire changer, s'il y a lieu, les expressions qui ne rendraient pas bien son idée.

La loi ne dit pas par qui doit être faite la lecture du testament, et c'est là, en effet, un point peu important : il est naturel que ce soit le notaire lui-même; mais ce n'est pas nécessaire (1), et si le testateur était un peu sourd et que le notaire eût la voix très-faible, la lecture pourrait très-bien être faite par un clerc ou par l'un des témoins. Que si le testateur était atteint d'une surdité plus caractérisée et qu'il lui fût difficile d'entendre, rien n'empêcherait de lui donner le testament à lire, pourvu qu'il le lût tout haut et de manière à être bien entendu des témoins; car c'est aussi *donner lecture* d'un acte à une personne que de lui donner cet acte à lire (2).

Un point auquel il faut bien veiller, c'est que la lecture ait lieu en présence des témoins : la loi veut que ces témoins puissent attester, non pas seulement qu'ils ont eu lecture de l'acte et qu'il reproduisait bien la dictée du testateur, mais aussi que le testateur en a eu lecture devant eux et qu'il y a reconnu l'expression exacte de ses volontés. Si donc plusieurs témoins ou même si un seul témoin s'absentait quelques instants au moment de la lecture, il ne faudrait pas lire en son absence, sauf à lui faire ensuite une lecture spéciale; il faudrait attendre son retour, pour que la lecture fût faite, comme le demande la loi, en présence de tous les témoins (3).

IV. — 25. La dernière formalité exigée par notre article, c'est la mention de l'accomplissement des autres. La nécessité de cette mention contribue à garantir l'exécution de l'article entier, puisqu'elle met le notaire dans l'alternative de remplir réellement les diverses formalités, ou de commettre le crime de faux, en attestant mensongèrement leur accomplissement.

C'est là, disons-nous, une dernière formalité. C'est une formalité secondaire destinée à faire connaître et à provoquer l'exécution des formalités principales; et puisque c'est une formalité, son omission emporterait donc nullité d'après l'art. 1001. Ainsi, quoique toutes les formalités principales eussent été réellement remplies, si le notaire avait oublié de *mentionner* l'une d'elles, l'acte serait nul.

26. Notre article demande une *mention expresse :* c'est un pléo-

---

(1) *Conf.* Bordeaux, 5 juill. 1855 (Dev., 55, II, 758; Dall., 56, II, 9); Aubry et Rau (V, § 670, p. 514). *Contrà :* Demolombe (I, nº 269).

(2) *Contrà :* Montpellier, 1ᵉʳ déc. 1852 (Dev., 53, II, 7; Dall., 53, II, 82); Aubry et Rau (V, § 670, p. 514). — D'ailleurs, une lecture que ferait le testateur à voix basse et pour lui seul serait insuffisante. Cass., 10 avr. 1854 (Dev., 54, I, 353; Dall., 54, I, 169). *Voy.* aussi *Dict. not.* (vº Testament, nºˢ 350 et suiv.).

(3) Voy. *Dict. not.* (vº Testament, nºˢ 319, 333 et suiv.).

nasme, car l'adjectif *expresse* n'ajoute rien au substantif *mention*... En effet, *expresse* signifie *exprimée;* or, une mention est toujours et nécessairement exprimée, puisque *mentionner* c'est précisément *exprimer:* la mention, c'est l'expression même, et notre article revient à dire qu'il faut une *mention mentionnée* ou une *expression expresse*. Il suit de là qu'on ne peut donner aux mots *mention expresse* aucun autre sens que celui de *mention bien réelle,* de *constatation certaine*. Ainsi, on ne peut pas exiger que les mentions soient en termes précis et spéciaux pour chaque formalité, ni surtout qu'elles soient rigoureusement faites dans les termes mêmes de notre article; on peut admettre des équivalents à ces termes, on peut admettre que la mention de plusieurs formalités se trouve dans une seule expression, et tout se réduit à voir s'il résulte bien de la simple lecture de l'acte que les diverses formalités ont été accomplies, tellement qu'on ne pût nier l'accomplissement d'une seule sans donner un démenti à l'acte. — Ce moyen d'examen est bien simple. Si l'on ne peut nier l'accomplissement d'aucune des formalités sans donner un démenti à l'acte, c'est donc que cet acte mentionne l'accomplissement de toutes; et dès lors le testament est valable. Si, au contraire, il est une seule formalité dont on puisse nier l'accomplissement sans faire mentir le notaire, c'est donc que ce notaire n'a pas fait toutes les mentions exigées, et dès lors le testament est nul. C'est dans ce sens qu'il faut entendre la règle d'une *mention expresse,* qui ne peut signifier autre chose qu'une mention positive et de nature à ne pas laisser de doute.

C'est donc avec raison, selon nous, et quoi qu'en aient dit M. Vazeille (n[os] 10-12) et M. Coin-Delisle (n[o] 42), qu'on a déclaré nuls des testaments dans lesquels le notaire avait dit qu'il avait *rédigé* les volontés dictées par le testateur; car il ne résultait pas de là d'une manière certaine et indubitable que ce fût le notaire qui eût écrit lui-même. En effet, s'il avait été prouvé que le notaire avait fait écrire par son clerc, et qu'on l'eût pour cela accusé de faux, il n'eût pas manqué de répondre qu'autre chose est la rédaction (qui consiste dans le choix des termes et l'arrangement des phrases), autre chose le travail purement matériel de fixer ces mots sur le papier; et que si c'est son clerc qui a écrit, c'est lui, notaire, qui a rédigé les intentions manifestées par le testateur. Il n'était donc pas mentionné que le notaire eût *écrit* le testament, et on devait prononcer la nullité (1).

27. On devait également prononcer la nullité du testament dans lequel il était dit seulement que le notaire avait lu les dispositions *à la testatrice et aux témoins,* quoiqu'on ajoutât qu'elle avait déclaré *en leur présence* que ces dispositions contenaient bien l'expression de sa vo-

(1) Turin, 22 fév. 1806; Besançon, 27 nov. 1806; Rej., 27 mai 1807; Rej., 4 fév. 1808; Colmar, 11 fév. 1815, etc. Cass., 20 mars 1854 (Dev., 54, I, 297; Dall., 54, I, 97); Bastia, 22 mai 1854 (Dev., 54, II, 389; Dall., 55, II, 10). — La mention de la lecture s'applique aux renvois approuvés, alors même qu'ils auraient été ajoutés postérieurement à la mention de la lecture et même de la signature du testament. Cass., 18 août 1856 (Dev., 57, I, 48; Dall., 57, I, 34). *Voy.* aussi *Dict. not.* (v° Testament, n[os] 257, 287, 322, 373 et suiv.).

lonté, et encore que *tous les témoins, ainsi que la comparante, avaient signé après une seconde lecture à eux faite* (Cassat., 6 mai 1812). Rien n'établissait, en effet, que l'acte eût été lu à la testatrice *en présence* des témoins. On disait bien qu'il l'avait été à la testatrice *et* aux témoins; mais il aurait pu l'être à l'une d'abord et aux autres ensuite... on disait que la testatrice avait reconnu l'exactitude des dispositions *en présence des témoins;* mais elle aurait pu faire sa déclaration en leur présence, quoique l'acte lui eût été lu à elle seule et hors de cette présence... on disait enfin que ces témoins, ainsi que la comparante, avaient signé après une seconde lecture *à eux faite;* mais ces mots *à eux faite* ne se rapportaient pas nécessairement aux témoins et à la comparante, ils pouvaient ne se rapporter qu'aux témoins, formant le sujet de la phrase. Ainsi, l'acte prouvait bien qu'une lecture au moins avait été faite à la testatrice, et que deux lectures avaient été faites aux témoins; mais il ne prouvait pas qu'une seule l'eût été aux témoins et à la testatrice simultanément : ce point n'était pas constaté par la mention que la loi appelle *expresse,* c'est-à-dire par une mention de nature à ne laisser aucun doute. Par conséquent, la Cour suprême devait casser, comme elle l'a fait, l'arrêt qui avait maintenu le testament.

973. — Ce testament doit être signé par le testateur : s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

SOMMAIRE.

I. **Quand le testateur peut signer, sa signature est indispensable; mais la loi n'exige pas la mention de cette signature : dissentiment avec les auteurs et la jurisprudence.**

II. **Quand le testateur ne peut pas signer, il faut qu'il le déclare, et que le notaire fasse mention de sa déclaration et de la cause de l'empêchement. Développement et controverse.**

I. — 28. Cet article s'occupe de la signature du testateur. Il exige ou 1° que cette signature soit apposée, si c'est possible; ou 2° dans le cas d'impossibilité, que le notaire mentionne la *déclaration* que doit faire alors le testateur de son impuissance, et aussi la *cause* de cette impuissance.

Et d'abord, quand le testateur peut signer, l'acte doit de toute nécessité recevoir sa signature; et il y aurait nullité (art. 1001) si cette signature n'était pas apposée, par quelque cause que ce fût. Ainsi, quand même, par exemple, le testateur serait mort après avoir écrit déjà la première lettre de son nom, l'acte serait nul : c'est par l'apposition de la signature que l'acte est parfait; et la personne qui meurt avant d'avoir signé a bien pu mourir avec l'*intention* de tester, mais elle est morte sans avoir réalisé cette intention. Bien mieux, quoique le testateur eût positivement déclaré ne savoir signer et que cette déclaration fût mentionnée, le testament serait encore nul, s'il était prouvé que le testateur savait bien signer et que sa déclaration était

mensongère; car la signature, toutes les fois qu'elle est possible, est l'une des formalités indispensables, et d'ailleurs ce refus indirect de signer donne au moins des doutes sur la liberté des volontés exprimées : il y a lieu de présumer alors une suggestion à laquelle la personne a voulu se soustraire en ne signant pas (1). Il en serait autrement, bien entendu, si le testateur, après avoir signé tant bien que mal autrefois, en avait perdu l'habitude : sa déclaration de ne savoir ou ne pouvoir serait alors sincère (2).

29. Il faut donc que le testateur qui peut signer signe en effet : mais faut-il, en outre, qu'il soit fait par le notaire mention de sa signature? Les auteurs et la jurisprudence répondent affirmativement; mais tout en disant qu'il faut se conformer à cette idée jusqu'à nouvel ordre *dans la pratique* (puisque autrement on exposerait le testament à une déclaration presque certaine de nullité), nous pensons cependant, comme M. Coin-Delisle (n° 4, note), que cette doctrine est erronée (3).

Pour établir la nécessité de la mention, on dit que, si elle n'est pas exigée par notre article, elle l'est par l'art. 14 de la loi de ventôse, et sous peine de nullité, d'après l'art. 68 de la même loi. En effet, dit-on, l'art. 14 exige la mention de la signature des parties pour tous actes notariés, et le Code n'ayant pas dispensé le testament public de cette formalité, il reste donc soumis à la règle générale. Ce raisonnement nous paraît mauvais : toute loi spéciale à une matière déroge à la loi générale (sans avoir besoin de s'en expliquer) sur tous les points qu'elle vient régler, et ne laisse soumis à cette loi générale que les cas qu'elle passe sous silence. C'est ainsi que l'art. 980, n'exigeant des témoins testamentaires que d'être mâles, majeurs, sujets de l'État et jouissant des droits civils, tandis que la loi du Notariat (art. 9) voulait qu'ils fussent citoyens, tout le monde reconnaît que cette dernière qualité n'est pas nécessaire pour être témoin dans un testament. Donc nos articles, spéciaux pour les testaments notariés, dérogent aux règles générales de la loi du Notariat pour les cas qu'ils traitent; or, le Code, au lieu de laisser soumise à cette loi la signature du testateur, a soin de s'en occuper dans notre art. 973, en prévoyant les deux hypothèses possibles : 1° d'un testateur pouvant signer, et 2° d'un testateur ne pouvant pas signer; et il est même à remarquer qu'il porte non-seulement sur la première, mais aussi sur la seconde, des règles différentes de celles de ventôse an 11 (4). Donc c'est à cet art. 973 qu'il faut s'en tenir, sans que la loi du Notariat puisse être invoquée sur ce point.

Notre législateur n'a donc pas cru utile d'exiger la mention de la

---

(1) Grenoble, 25 juill. 1810; Trèves, 18 nov. 1812; Limoges, 26 nov. 1823.

(2) Caen, 5 mai 1829; Rej., 5 mai 1831; Montpellier, 27 juin 1834; Lyon, 16 août 1861 (Dev., 62, II, 471; *J. Pal.*, 63, 407); Demolombe (IV, n° 307); Aubry et Rau (V, § 670, p. 519).

(3) Voy. *Dict. not.* (v° Testament, n° 371).

(4) Pour le premier cas, l'art. 14 de la loi de ventôse an 11 exige la mention de la signature, qui n'est pas demandée par notre art. 973; pour le second cas, l'art. 14 de la loi de ventôse demande seulement la mention de la déclaration des personnes ne pouvant signer, tandis qu'ici le Code exige en outre l'indication de la cause qui empêche de signer.

signature, quand cette signature est réellement apposée, et cette vérité doit paraître d'autant plus certaine que tel était l'ancien droit. Jamais la mention de la signature n'a été exigée à peine de nullité dans les testaments : l'art. 23 de l'ordonnance de 1735 exigeait bien, comme le nôtre, la signature du testateur; mais il ne demandait pas plus que lui la mention de cette signature.

30. Merlin a cependant soutenu le contraire (*Rép.*, v° Signature, § 3, art. 3) : il a écrit que l'ordonnance de 1735 exigeait la mention sous peine de nullité, non pas explicitement, mais virtuellement et d'une manière sous-entendue, par sa relation avec l'art. 165 de l'ordonnance de Blois, qui l'exigeait, dit-il, comme aujourd'hui la loi de ventôse, pour tous les actes notariés... Il y a deux réponses à faire à ceci. D'abord, quand il serait constant que les ordonnances de Blois et d'Orléans, dans les règles générales qu'elles portaient pour les actes notariés, eussent exigé la mention de la signature à peine de nullité, cette circonstance ne prouverait rien en faveur de la doctrine que nous combattons, et ne donnerait aucun appui au système de Merlin; car l'ordonnance de 1735 eût été, par rapport à celle de Blois, dans la même condition que notre art. 973 par rapport à la loi de ventôse : il eût fallu dire pour l'ordonnance de 1735 ce que nous disons aujourd'hui pour notre art. 973, *specialia generalibus derogant;* et comme l'art. 23 de cette ordonnance, loin de passer sous silence la signature du testateur pour la laisser soumise aux règles générales des actes notariés, réglait expressément les deux hypothèses que ce cas pouvait présenter, il faudrait dire que cet art. 23 faisait exception à l'ordonnance de Blois, comme notre art. 973 fait exception à la loi du Notariat.

Mais il y a plus : l'art. 165 de l'ordonnance de Blois n'a jamais exigé la mention de la signature à peine de nullité; elle exigeait bien sous cette peine la signature, mais non la mention de cette signature; elle exigeait bien également cette mention de signature et aussi, dans le cas où les parties ou témoins ne pouvaient signer, la mention de cette circonstance, mais la peine de nullité n'était pas attachée à l'inobservation de ces deux prescriptions. Voici l'article : « Tous notaires... seront tenus faire signer aux parties et aux témoins, s'ils savent signer, tous contrats et actes, dont ils feront mention tant en la minute que grosse qu'ils en délivreront, à peine de nullité desdits contrats... » L'article, remarquons-le bien, ne dit pas que les notaires, sous la peine qu'il indique, seront tenus faire signer *et en faire mention*, il dit *qu'ils seront tenus faire signer,* et ajoute, par une proposition incidente, *de quoi ils feront mention;* l'article signifiait : « Les notaires seront tenus, à peine de nullité, faire signer leurs actes, et ils en feront mention » ; en sorte que la nullité ne tombait pas sur le défaut de mention (1). Et la preuve que telle était bien la pensée du législateur, c'est que la mention était exigée par la même phrase pour la grosse comme pour la minute; or, la grosse étant tout simplement la copie que le notaire donne de l'acte

(1) *Voy.* cette disposition sous l'art. 973 du *Code Tripier.*

après que cet acte est fait et parfait, il est clair qu'on n'aurait pas pu annuler un acte parce que le notaire aurait oublié de copier dans la grosse la mention qu'il aurait faite dans la minute : si une formalité requise à peine de nullité est omise dans la grosse seulement, il y a lieu de faire lever une autre grosse, une autre copie, mais il n'est pas possible d'annuler l'acte. Aussi Ricard explique-t-il l'ordonnance dans ce sens ; il cite d'ailleurs un arrêt du Parlement de Paris (8 mars 1652) qui l'avait ainsi jugé, et il ajoute qu'ayant été appelé en consultation sur cette question avec cinq avocats des plus célèbres, il fut résolu à l'unanimité que la nullité ne se rapportait qu'au défaut de signature, non au défaut de mention (*Donat.*, part. 1, n° 1528).

Merlin a pris le change d'une manière incroyable sur cette doctrine de Ricard, de ses confrères et du Parlement de Paris. Il leur suppose cette idée que l'art. 165 de l'ordonnance de Blois demandait bien la mention des causes qui auraient empêché de signer, mais non la mention de la signature elle-même; et partant de là, il s'écrie : « Assurément, ni Ricard, ni ses cinq confrères, ni les magistrats qui ont rendu l'arrêt qu'il rapporte, n'avaient bien lu l'art. 165 de l'ordonnance; car cet article veut qu'il soit fait mention non-seulement du défaut de signature, quand l'acte n'est pas signé, mais encore de la signature elle-même, dans le cas où l'on a réellement signé. » Ricard, ses confrères et le Parlement avaient fort bien lu l'art. 165; c'est, au contraire, Merlin qui n'a pas *bien lu* Ricard, et qui ne l'a pas compris. Sans doute, l'art. 165 de l'ordonnance exigeait aussi bien la mention de la signature que celle du défaut de signature; mais ni Ricard, ni ses confrères, ni le Parlement, n'ont jamais nié cela : ils le reconnaissent, au contraire, très-positivement, et ils ont seulement dit, comme nous le disons nous-même, que l'article n'exigeait pas cette mention *à peine de nullité*. On a peine à croire à une pareille méprise de la part de Merlin, et on se demande comment il a pu accuser ainsi et Ricard, et ses confrères, et le Parlement, d'avoir décidé solennellement une grave question sans avoir même *lu* le texte qui la faisait naître!

II. — 31. La seconde partie de notre article règle le cas où le testateur ne pourrait pas signer, soit parce qu'il ne le sait pas, soit parce que, le sachant, il en est empêché par une autre cause. Dans ce cas, il est exigé par notre article (et à peine de nullité, d'après l'art. 1001) que le notaire fasse mention 1° de la déclaration du testateur à cet égard, et 2° de la cause qui fait obstacle à l'apposition de la signature.

Ainsi, d'abord, c'est le testateur lui-même qui doit déclarer qu'il ne sait pas ou ne peut pas signer. Si le notaire disait seulement que *le testateur n'a pas signé faute de le savoir,* ou *vu sa trop grande faiblesse,* ou *parce qu'il est atteint de paralysie,* etc., l'acte serait nul; attendu que le notaire aurait ainsi attesté lui-même que le testateur n'a pas pu signer, au lieu d'attester que ce testateur lui *a déclaré* ne pas pouvoir signer (Caen, 11 déc. 1822; Cass., 15 avril 1835). Et il en serait ainsi alors même que le notaire, avant d'attester que le testateur n'a pas pu signer, dirait que lui notaire l'a *requis* ou *interpellé* de

signer (1). Car, de ce que le notaire a requis le testateur de signer, il ne s'ensuit pas que ce soit le testateur qui ait déclaré ne pas pouvoir : le testament ne fait pas mention alors d'une déclaration de celui-ci, puisque l'on pourrait, sans donner un démenti au notaire, soutenir qu'aucune déclaration ne lui a été faite.

32. Le notaire doit mentionner, en outre, la cause pour laquelle le testateur n'a pas signé. Cette cause se trouve exprimée, bien évidemment, quand il est dit que le testateur *a déclaré ne pas savoir signer;* car il a déclaré par là ne pas pouvoir signer *à cause* de son ignorance (2). Il en serait de même s'il était dit que le testateur *a déclaré ne pas savoir* ÉCRIRE, etc., sans qu'il y ait besoin, selon nous, de distinguer si l'acte mentionne ou ne mentionne pas une interpellation de signer faite au testateur. Un arrêt de Douai (9 nov. 1809), et M. Duranton (IX, 95), disent qu'il y a nullité dans ce cas si l'interpellation de *signer* n'est pas exprimée, parce qu'alors le sens du mot *écrire* n'est pas précisé par le rapprochement du mot *signer,* et qu'une personne peut savoir signer sans savoir écrire. Mais cette décision nous paraît inexacte : car, enfin, *signer,* c'est *écrire,* c'est *écrire son nom,* et celui qui ne sait pas écrire, absolument parlant, ne sait donc pas *écrire son nom,* ne sait pas *signer;* en outre, quand la personne qui teste par acte public déclare ne pas savoir écrire, il est clair qu'elle entend nécessairement ne pas savoir écrire ce qu'elle a à écrire dans ce testament; or, précisément, elle n'a rien autre chose à écrire que sa signature (3). — Mais quand le testateur sait signer et déclare seulement ne pas *pouvoir,* il est clair que c'est le cas d'indiquer en outre la cause qui l'en empêche. Du reste, le notaire peut indiquer cette cause sans exprimer formellement qu'elle lui a été déclarée par le testateur : la mention d'une *déclaration* n'est exigée que pour le fait de l'empêchement, et non pour la cause de cet empêchement; du moment que l'empêchement est déclaré par le testateur, la loi présume, sans exiger qu'on le dise positivement, que la cause mentionnée a été indiquée dans la même déclaration (4).

974. — Le testament devra être signé par les témoins; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire.

---

(1) Merlin (*Rép.*, v° Signat., § 3, art. 2, n° 8); Cass., 11 pluv. an 7; Toulouse, 22 avr. 1813; Colmar, 13 nov. 1813; Bordeaux, 17 juill. 1845 (Dev., 46, II, 440; *J. Pal.*, 46, II, 603). *Contrà :* Toullier (V, 438); Coin-Delisle (n° 6); Limoges, 17 juin 1808 et 4 déc. 1821.

(2) Comp. Cass., 4 juin 1855 (Dev., 56, I, 251; Dall., 55, I, 386).

(3) Merlin (n° 3); Toullier (*loc. cit.*); Vazeille (n° 9); Coin-Delisle (n° 7); Liége 24 nov. 1806; Bruxelles, 13 mars 1810; Colmar, 22 déc. 1812; Rej., 11 juill. 1816; Cass., 1er fév. 1859 (Dev., 59, I, 393); Bourges, 15 fév. 1860 (Dev., 61, II, 70); Cass., 23 déc. 1861 (Dev., 62, I, 29; Dall., 62, I, 31).

(4) Il n'est pas nécessaire que lecture soit donnée au testateur et aux témoins de la déclaration du testateur de ne pouvoir signer, ni par conséquent que mention soit faite de cette lecture. Cass., 8 mai, 4 et 12 juin 1855 (Dev., 55, I, 597; Dall., 55, I, 597); Aubry et Rau (V, § 670, p. 518); Demolombe (IV, n° 315); *Dict. not.* (v° Testament, n° 383, et v° Signature).

33. Cet article règle ce qui concerne la signature des témoins, comme le précédent. Il n'y a donc que la signature des notaires qui reste soumise, pour les testaments, aux règles générales portées par l'art. 14 de la loi de ventôse pour la signature et des notaires, et des parties, et des témoins.

Le principe posé par le Code, c'est que les deux ou les quatre témoins doivent signer; mais on n'exige pas plus la mention de cette signature que celle de la signature du testateur; ici encore la loi se contente du fait sans demander qu'il soit exprimé. Au surplus, le principe que tous les témoins doivent signer ne s'applique que hors des campagnes; dans les campagnes, vu la difficulté de réunir au même moment tous témoins qui sachent signer, le Code permet de ne faire signer le testament que par la moitié des témoins, un sur deux ou deux sur quatre.

Mais que doit-on entendre par campagnes? Il est clair qu'une commune ne peut pas être appelée campagne par cela seul qu'elle n'est pas ville. On voit à côté de nos grandes cités, même en province, des communes qui, sans avoir le titre de villes, sont cependant plus considérables que beaucoup de chefs-lieux de département! Bien mieux, il y a de simples villages ruraux qui présentent une population plus forte et plus agglomérée, plus de commerce et de vie, plus d'instruction, plus de facilité dès lors pour trouver des témoins sachant signer, que tel bourg ou telle petite ville. Ainsi, tout ce que l'on peut dire ici comme règle générale, c'est que la signature de tous les témoins sera nécessaire toutes les fois qu'il s'agira d'une ville, si petite qu'elle soit; mais du moment qu'il ne s'agira plus d'une ville, ce sera aux juges à décider *en fait*, sans distinction de bourgs ou de villages, si le pays où s'est fait l'acte n'est vraiment qu'une campagne par son peu d'importance, de population et d'instruction. Telle est aussi la doctrine des arrêts (1).

34. Il est évident que les notaires doivent raisonnablement, quand tous les témoins ne signent pas, mentionner que tel ou tel témoin n'a pas signé et pour quelle cause; mais nous dirons, avec Merlin (v° Signat., § 3, art. 2) et M. Coin-Delisle (n° 7), que le défaut de mention ne saurait être ici une cause de nullité. En vain M. Duranton décide le contraire (IX, 93 et 103) en se fondant sur l'art. 14 de la loi du Notariat : d'abord, nous avons déjà vu (art. 973, n° 1) que cette loi n'est pas applicable ici; mais d'ailleurs l'art. 14 n'exige la mention du défaut de signature que *quant aux parties,* et non pour les témoins.

975. — Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents

(1) Douai, 1er juin 1812; Poitiers, 13 déc. 1815; Rejet, 10 juin 1817; Poitiers, 19 fév. 1823; Bordeaux, 7 mars 1827; Lyon, 29 nov. 1828; Rejet, 10 mars 1829; Bordeaux, 29 avr. 1829; Grenoble, 22 mars 1832 (Dev., 33, II, 133).

ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.

SOMMAIRE.

I. Trois classes de personnes frappées d'incapacité relative pour témoigner au testament public. Les alliés d'un légataire comprennent son conjoint.

II. Le système du Code est complet quant aux témoins du testament public; il n'a rien à emprunter à la loi de ventôse. Dissentiment avec M. Duranton et d'autres auteurs.

I. — 35. Le Code nous fera connaître plus loin, sous l'art. 980, les qualités *générales* qu'il faut réunir pour pouvoir être témoin dans un testament, soit public, soit mystique : il nous indique ici les qualités qui rendent telle personne déterminée inhabile à témoigner dans le testament, public seulement, de telle autre personne; c'est-à-dire qu'il nous présente les causes d'incapacité relative.

Notre article déclare incapables trois classes de personnes :

1° Les légataires, à quelque titre qu'ils soient. — Ainsi, que le legs soit à titre particulier ou à titre universel, qu'il soit considérable ou modique, qu'il soit pur et simple ou conditionnel, celui à qui il est adressé ne peut être témoin dans le testament public qui le lui attribue (1). Mais si la loi écarte ici tous les légataires, elle n'écarte que ceux qui sont vraiment légataires, et non ceux auxquels un legs pourrait profiter indirectement; par exemple, un curé peut être témoin malgré le legs fait à son église, et l'habitant d'une commune malgré la libéralité faite à cette commune : le légataire est alors la commune ou l'église, et non pas l'habitant ou le curé (*voy.* Cass., 11 sept. 1809).

2° Les parents et alliés des légataires jusques et y compris le quatrième degré (2). — La loi ne parle pas des *conjoints* des légataires; mais il faut bien reconnaître qu'ils sont frappés de la même incapacité : quand, parce que telle femme est légataire, on écarte les parents de son mari, par cela seul qu'ils sont parents du mari, comment la pensée de la loi serait-elle d'admettre le mari lui-même? Il faut donc dire que le Code a compris ici le conjoint sous le mot générique d'alliés, quoiqu'on ne lui donne pas proprement ce nom. Et, en effet, le conjoint est aussi un allié, lui aussi contracte l'alliance; il la contracte à un degré bien plus haut que ses parents, dont l'alliance, purement fictive et métaphysique, n'est que la conséquence de son alliance réelle : c'est précisément parce que l'époux est bien *plus allié* que les autres qu'on l'a distingué de ceux-ci par la qualification énergique de *conjoint*.

3° Enfin, les clercs du notaire qui reçoit l'acte, et des deux notaires, si l'acte est reçu par deux notaires (3).

---

(1) *Voy.* Cass., 4 août 1851 (Dev., 51, I, 663; Dall., 51, I, 220); Cass., 10 août 1853 (Dev., 53, I, 533; Dall., 53, I, 341); Riom, 23 mai 1855 (Dev., 56, II, 717; Dall., 57, V, 224).

(2) *Voy.* Metz, 23 mars 1865 (Dev., 65, II, 231).

(3) Doit être considéré comme clerc l'individu qui travaille habituellement dans

II. — 36. On voit que notre article, combiné avec les art. 971, 974 et 980, forme un système complet sur ce qui concerne les témoins du testament public, et que, dès lors, ainsi que nous l'avons dit déjà plusieurs fois, il n'y a pas lieu d'aller invoquer sur ce point les règles différentes de la loi du Notariat. Ces règles, plus sévères sous certains rapports (car elles présentent des causes plus nombreuses d'incapacité), et plus faciles sous d'autrés (puisqu'elles demandent un nombre moins grand de témoins), ces règles, disons-nous, présentent bien le système général applicable aux divers actes notariés; mais c'est dans le Code seul que se trouve le système particulier aux testaments : *specialia generalibus derogant.*

Ainsi, tous ceux qui ne sont pas déclarés par notre article incapables de témoigner restent capables; et, quoique le deuxième alinéa de l'article 10 de la loi de ventôse repousse les parents, alliés et serviteurs des parties et des notaires, on pourra très-bien admettre ici les serviteurs des légataires, les parents, alliés et serviteurs du notaire, les parents, alliés et serviteurs du testateur (*voy.* Caen, 4 décembre 1812) (1).

37. Cette doctrine, toutefois, n'est pas admise par tous les auteurs. M. Duranton (IX, 115), tout en admettant comme nous les parents, alliés et serviteurs du testateur, veut repousser par la loi de ventôse les serviteurs des légataires, puis les parents, alliés et serviteurs du notaire; Grenier (n° 253), Toullier (n° 402) et M. Dalloz (ch. 6, sect. 4) sont du même avis quant à ces derniers, sans exclure cependant les serviteurs des légataires. Nous avons peine à nous rendre compte de ces idées contradictoires et incohérentes... De deux choses l'une : ou bien notre art. 975 déroge à la loi de ventôse, et alors il faut n'admettre que les incapacités qu'il indique et s'écarter *pour le tout* de cette loi de ventôse ; ou bien l'article ne déroge pas à cette loi, et dès lors elle doit s'appliquer *pour le tout* encore... Donc, si l'on admet au témoignage, comme le fait M. Duranton, les parents, alliés et serviteurs du testateur, il faut y admettre aussi ceux du notaire et les serviteurs des légataires; si, au contraire, on repousse ces derniers, il faut repousser aussi les premiers par la même raison... Comment M. Duranton n'a-t-il pas aperçu l'étrange contradiction dans laquelle il se jetait? Il écarte les parents, etc., du notaire et les serviteurs des légataires, et il admet ceux du testateur; mais pourquoi donc admettre ces derniers? Est-ce que la loi de ventôse, si elle est applicable, ne les repousse pas aussi bien que les autres? Non, dit M. Duranton, attendu que cette loi repousse les parents, alliés et serviteurs *des parties,* et que le testateur *ne doit pas être considéré comme* PARTIE dans le sens de cette loi (n° 116). C'est très-bien; mais comment donc M. Duranton peut-il en-

---

une étude, bien qu'il n'y soit pas assujetti à un travail continu. Cass., 25 janv. 1858 (Dev., 58, I, 180; Dall., 58, I, 63).

(1) Un notaire peut recevoir un testament dans lequel un de ses parents au quatrième degré est institué légataire. Douai, 23 janv. 1850; Grenoble, 11 fév. 1850 (Dev., 50, II, 272 et 679). *Voy.* aussi *Dict. not.* (v° Testament, n°s 180 et suiv.).

seigner ailleurs (nos 92 et 93) que cette loi s'applique au testateur en tant qu'elle exige (art. 14) que le notaire fasse mention de la signature des PARTIES?...

La vérité est que le testateur est vraiment *partie* dans son testament, et que si ses parents, alliés et serviteurs, peuvent être admis comme témoins, c'est parce que notre art. 975, en créant un système nouveau, déroge à l'art. 10 de la loi de ventôse. Mais, par la même raison, il faut bien reconnaître qu'on doit admettre les serviteurs des légataires (puisque notre article n'exclut que leurs parents et alliés) et les parents, alliés et serviteurs des notaires (puisque l'article n'exclut que leurs clercs)... La doctrine de M. Duranton ne saurait échapper davantage à cette observation : quand on demande quelles personnes sont incapables de témoigner dans un acte à cause de leur relation avec le notaire, la loi fait ces deux réponses : 1° pour les divers actes notariés, ce sont *ses parents, alliés, clercs et serviteurs* (L. vent., art. 10, 2e alin.); 2° pour les testaments, ce sont *ses clercs* (art. 975 C. Nap.). En face de ces deux réponses, si précises et si distinctes, comment une controverse sérieuse est-elle possible? Si le législateur n'avait pas entendu déroger à la loi de ventôse, pourquoi serait-il venu ici parler des clercs, et ne parler que des clercs? (1)

38. Si notre article déroge à la loi de ventôse en ce qui concerne l'incapacité des témoins, il ne déroge en rien aux règles portées par cette loi sur l'incapacité du notaire ou des notaires instrumentant, puisqu'il ne s'occupe pas de ce point. Donc, cette incapacité sera la même pour un testament que pour tout autre acte; et ce testament dès lors ne pourrait pas être reçu par un notaire qui serait lui-même légataire, ou bien parent ou allié du testateur ou d'un légataire, à tout degré en ligne directe, et jusqu'au troisième degré en ligne collatérale. Il ne pourrait pas l'être non plus par deux notaires parents ou alliés entre eux dans les mêmes limites (art. 8 et 10, 1er alin.) (2).

976. — Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui : le notaire en dressera l'acte de suscription, qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe; cet acte sera signé, tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes;

(1) *Conf.* Rej., 3 août 1841 (Dev., 41, I, 865).
(2) Voy. *Dict. not.* (vo Testament, nos 176 et suiv.).

et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins.

SOMMAIRE.

I. Observations sur le testament mystique. Si, dans le cas de sa nullité, l'écrit qu'il contient peut valoir comme le testament olographe : dissentiment avec M. Coin-Delisle.

II. *De l'écrit testamentaire et de sa clôture.* — La loi exige l'apposition d'un cachet : dissentiment avec MM. Vazeille et Coin-Delisle. — Peu importe par qui se fait la clôture et le scellement : inadvertance de M. Duranton.

III. *De la présentation et de l'acte de suscription.* — Cet acte doit être écrit sur le papier clos et scellé ; il doit l'être par le notaire lui-même : dissentiment avec M. Duranton.

IV. *Suite.* — L'acte doit faire mention de la présentation et des déclarations du testateur : dissentiment avec M. Coin-Delisle ; observation sur la doctrine contradictoire de M. Duranton.

V. *Suite.* — L'acte reste soumis aux art. 8 et 10 de la loi de ventôse : dissentiment avec Merlin et M. Coin-Delisle.

VI. *Suite et fin.* — Signature de tous les témoins, même dans les campagnes. Un second notaire ne compterait pas pour deux témoins. Empêchement de signer survenu au testateur. — Unité de contexte.

I. — 39. Nous arrivons au dernier mode de tester, au testament mystique, dont s'occupent notre article et les trois suivants.

Le testament *mystique*, c'est-à-dire caché, secret, se compose de deux parties distinctes : 1° l'expression par écrit des volontés du testateur, et 2° le procès-verbal constatant l'accomplissement des diverses formalités requises par la loi pour prouver l'identité de l'écrit et prévenir toute altération de cet écrit ou toute substitution d'un écrit nouveau : ce procès-verbal se nomme *acte de suscription*. L'écrit testamentaire est l'œuvre du testateur ; l'acte de suscription, qui fait de cet écrit un testament mystique, est l'œuvre commune du testateur, du notaire et des témoins.

L'écrit destiné à être sanctionné par la formalité de la suscription notariée peut n'être encore qu'un projet, ou constituer déjà par lui seul un testament. Ce n'est qu'un projet, évidemment, quand il émane d'une main étrangère, en tout ou partie, et que la signature seulement appartient au disposant, ou bien quand il est tout entier de la main de ce disposant, mais qu'il ne porte pas de date (ce qui n'est pas nécessaire, ainsi qu'on le verra plus loin). C'est déjà un testament, au contraire, quand il est écrit en entier, daté et signé par la personne. Dans le premier cas, l'acte de suscription transforme un *projet* en *testament ;* dans le second, il transforme un *testament olographe* en *testament mystique*.

40. Ces observations nous conduisent à une question importante et controversée. — Lorsqu'un testament olographe a été converti en testament mystique, la nullité dont l'acte de suscription pourrait être frappé l'anéantirait-elle absolument, et de manière à ne pas le laisser revivre comme olographe? Pour l'affirmative, on dit : par l'effet de

l'acte de suscription, il n'y a plus qu'un testament mystique; en sorte que, quand ce testament mystique vient à tomber, il ne reste *rien :* la forme étant nulle, le fond se trouve nul *faute de forme* (1).

Nous ne saurions adopter cette théorie sévère, et qui nous paraît plus subtile qu'exacte. Qu'est-ce, en effet, que le testament mystique? C'est, d'après ce que nous avons dit plus haut, et de l'aveu même de nos adversaires, un tout composé de deux parties bien distinctes, et si la seconde partie, l'acte de suscription, est toujours la même, il n'en est pas ainsi de la première, qui est tantôt un simple projet et tantôt un vrai testament : le testament mystique est donc tantôt *un projet revêtu de la suscription,* et tantôt *un testament olographe revêtu de cette même suscription.* Donc, dans ce dernier cas, si la *suscription* vient à disparaître comme irrégulière et nulle, il restera *un testament olographe* non revêtu de la suscription, testament que rien ne peut empêcher de produire son effet, comme, dans l'autre cas, il serait resté *un simple projet,* qui n'aurait eu dès lors aucune efficacité...

Et que devient maintenant cette objection que la forme d'un testament venant à tomber, le fond tombe avec elle, parce qu'il y a alors non pas seulement nullité de la forme, mais nullité *du testament?* Ces idées sont assurément très-exactes, mais on les applique mal. Sans doute, la nullité de la forme emporte nullité du fond; mais si le fond revêt à la fois deux formes, comme dans notre espèce, la nullité de l'une n'emportera pas nullité de l'autre. Nous disons bien, comme M. Coin-Delisle, que la nullité *de la forme* mystique emporte nullité *du testament* mystique; mais nous ajoutons que la chute de la forme mystique et du testament mystique laisse subsister *un testament olographe,* qui n'était qu'une *partie* du premier, mais qui a continué (sous la suscription) et qui continue toujours d'être un testament complet, lequel a son fond et *sa forme particulière...*

Et comment en serait-il autrement? Quand vous ajoutez à un testament olographe un acte de suscription dont il n'a que faire pour son efficacité, comment voulez-vous que cette seconde source de vie puisse jamais nous conduire au néant? La raison nous dit assez que si cette adjonction d'une seconde forme, qui laisse subsister la première, ne sert pas au testament (parce qu'il avait déjà force entière), elle ne peut jamais lui nuire. Et, en effet, de deux choses l'une : ou bien la suscription sera reconnue régulière et valable, et le testament vaudra comme mystique; ou bien elle sera déclarée nulle et non avenue. Mais si elle est non avenue en droit, elle ne pourra donc produire aucun effet juridique, ni bon ni mauvais, et le testament olographe qui, juridiquement parlant, n'aura jamais reçu d'acte de suscription, sera toujours resté ce qu'il était auparavant (2).

---

(1) Favard (*Rép.*, vº Testament, sect. 1, § 4); Coin-Delisle (nº 15); Poitiers, 28 mai 1824.

(2) *Conf.* Grenier (nº 276 *bis*); Merlin (*Rép.*, vº Testament, sect. 2, § 4, art. 4); Delvincourt, Toullier (V, 480); Duranton (IX, 138); Dalloz (ch. 6, sect. 5); Vazeille (nº 22); *Dict. not.* (vº Testament, nº 435, et vº Acte de suscription, nºs 101 et suiv.);

41. Au surplus, la date du testament mystique n'est pas celle de l'écrit testamentaire; c'est celle de la suscription, puisque c'est par cette suscription que l'écrit (soit qu'il ne fût précédemment qu'un projet, soit qu'il constituât déjà un testament olographe) est devenu testament mystique. Il suit de là que, quand même l'écrit serait daté d'une époque où le testateur était interdit ou mort civilement, le testament produirait néanmoins ses effets, si la suscription avait été dressée à un moment où ce testateur avait le plein exercice de ses droits, et que cette suscription fût d'ailleurs régulière et valable. Mais si un testament olographe, daté d'une époque d'incapacité et transformé ensuite en testament mystique, alors que son auteur était devenu capable, retombait à l'état de testament olographe par la nullité de l'acte de suscription, il est bien clair qu'il n'aurait plus alors d'autre date que celle de l'écrit lui-même, et serait le testament d'un incapable.

Arrivons maintenant à l'explication du texte de notre article, en nous occupant séparément : 1° de l'écrit testamentaire et de sa clôture; puis 2° de sa présentation au notaire et de l'acte de suscription.

II. — 42. Les dispositions que l'on veut revêtir de la forme mystique peuvent être écrites par toute personne que ce soit, par le testateur, par un tiers (1), en partie par une personne et en partie par une autre; tout ce que la loi demande, c'est qu'elles soient signées par le testateur. Cette condition n'est même imposée qu'au testateur pouvant signer : celui qui ne le pourrait pas, soit par ignorance, soit pour une autre cause, ne serait pas privé pour cela de l'avantage de faire un testament mystique; il lui suffirait d'appeler un témoin de plus à l'acte de suscription, ainsi que nous le verrons par l'article suivant. Et puisque la loi laisse toute latitude quant à l'écriture des dispositions, elles pourraient donc, au besoin, être imprimées; et si une personne qui ne sait pas lire l'écriture faite à la main, et qui lit bien l'écriture imprimée, tenait à faire un testament mystique, elle pourrait y arriver en faisant faire son projet de testament par un imprimeur en la discrétion duquel elle aurait confiance.

L'écrit destiné à recevoir l'acte de suscription n'a pas besoin d'être daté, car ce n'est que par l'application qui lui sera faite de cet acte de suscription que l'écrit deviendra testament mystique; tout le monde est d'accord sur ce point.

43. Avant de présenter ses dispositions au notaire et aux témoins (ou en les leur présentant), le testateur doit clore et sceller, ou faire clore et sceller par un autre, soit le papier même sur lequel ces dispositions sont écrites (et que l'on pliera, l'écriture en dedans et le côté blanc en dehors), soit une enveloppe dans laquelle l'écrit aura été placé. Le papier portant les dispositions ou celui qui forme l'enveloppe ne doit pas

---

Aix, 18 janv. 1808; Bastia, 14 mars 1822; Caen, 26 janv. 1826; Dijon, 28 fév. 1827; Rejet, 23 déc. 1828.

(1) Même par le légataire universel qu'institue ce testament. Bordeaux, 6 av. 1854 (Dev., 54, II, 736); Demolombe (IV, n° 333); Aubry et Rau (V, § 671, p. 522); *Dict. not.* (v° Testament, n° 418).

seulement être clos, il faut de plus qu'il soit scellé; et, par conséquent, l'apposition d'un cachet est nécessaire. M. Vazeille (n° 4) et M. Coin-Delisle (n° 28) pensent cependant que cette apposition d'un sceau ne saurait être exigée; ils disent que le mot *sceller* ayant deux sens, un plus étroit (*marquer d'un sceau, d'un cachet, d'une empreinte*), l'autre plus large et qui est synonyme de *fermer exactement*, rien n'oblige d'entendre la loi dans le sens le plus rigoureux; qu'on dit bien que des objets (un vase ou une bouteille, par exemple) sont *scellés* quoiqu'on ait seulement couvert de cire leur fermeture ordinaire, sans y imprimer aucun cachet... Mais nous ne saurions adopter cette idée, 1° parce que le sens seul propre du mot *sceller*, c'est apposer un sceau, un cachet; 2° parce que ce sens propre est bien celui de notre article, qui demande tout ensemble que le papier soit *clos* d'abord et *scellé* ensuite; 3° enfin, parce que, si une bouteille, dont la fermeture ordinaire consiste dans le bouchon seul, peut se dire scellée quand on ajoute de la cire à cette fermeture, il n'en est pas de même du papier fermé par des pains, de la cire ou de la colle, attendu que c'est là ce qui constitue la fermeture ordinaire, la simple *clôture* des papiers, des lettres, en sorte que par là le papier serait bien clos, mais non pas *clos* et *scellé*. — Que la loi n'ait pas exigé du testateur son propre cachet, un sceau spécial, portant ses lettres ou ses armes, de manière à ne pouvoir pas être confondu avec un autre ou remplacé frauduleusement; qu'elle n'ait pas demandé la description de ce cachet, *ne varietur,* que dès lors elle n'ait pas prescrit les précautions utiles en pareil cas, c'est un point incontestable; que la loi, en exigeant le scellement sans s'occuper d'en garantir l'effet protecteur, soit incomplète et rende ce scellement peu utile, c'est très-vrai encore; mais ce n'est pas une raison pour se départir des prescriptions de la loi : il s'agit là de formes; ces formes (art. 1001) sont requises à peine de nullité : il faut donc les suivre scrupuleusement et reconnaître que le testament sera nul si le papier qui le porte ou qui l'enveloppe n'est pas clos et *scellé* (1).

44. Il importe peu, au reste, sur quoi le cachet sera apposé; il le sera aussi valablement sur des pains que sur de la cire. Il importe peu aussi, comme on vient de le dire, de quel cachet on se sera servi : tout ce qu'il faut, c'est que le papier soit *clos,* c'est-à-dire bien fermé de manière à ne pouvoir être ouvert sans qu'on brise la clôture, et *scellé,* c'est-à-dire portant l'empreinte d'un cachet quelconque.

Il importe peu, enfin, quand et par qui le papier sera clos et scellé; et l'on ne comprend pas que M. Duranton ait pu écrire (n° 124) que la

---

(1) Merlin (*Rép.*, v° Testament, sect. 2, § 3, art. 2, n° 14); Toullier (V, 463); Delvincourt, Duranton (IX, 124); Dalloz (ch. 6, sect. 5, art. 3); Poujol (n° 5); Douai, maintenu; Rejet, 7 août 1810; Bruxelles, 18 fév. 1818. Grenier, après avoir professé l'idée contraire, a fini par se rendre à cette doctrine (n° 261 *bis*, 3ᵉ édit.); *Dict. not.* (v° Testament, n° 429). — Jugé également qu'un testament mystique doit être réputé scellé, comme l'exige la loi, lorsqu'il est clos ou sous enveloppe avec un lien de fil le traversant, sur lequel sont apposés des cachets de cire, bien qu'ils ne portent pas d'empreinte. Agen, 27 fév. 1855; Cass., 2 avr. 1856 (Dev., 55, II, 340; 56, I, 581; Dall., 55, II, 223; 56, I, 135).

seconde formalité à remplir, c'est « que le papier soit clos et scellé *par le notaire en présence des témoins* » : ce ne peut être qu'une inadvertance du savant professeur. Peu importe *quand* sera faite l'opération; car la loi ne demande que le testateur fasse clore et sceller en présence du notaire et des témoins que quand il ne présente pas le papier clos et scellé d'avance. Peu importe aussi *par qui* l'opération sera faite; car l'article dit seulement que *le papier sera clos et scellé,* et que *le testateur le présentera ainsi clos et scellé* ou qu'*il le fera clore et sceller* en le présentant.

III. — 45. Après qu'il est clos ou scellé, ou en même temps qu'il le fait clore et sceller, le testateur doit présenter le papier à un notaire et à six témoins, en leur déclarant que c'est là son testament, et qu'il est écrit et signé par lui, ou signé par lui et écrit en tout ou en partie par une autre personne, ou par plusieurs autres personnes, selon les cas.

Le notaire dresse de sa main, de ces présentation et déclaration du testateur, un procès-verbal que l'on appelle *acte de suscription,* parce qu'il est *écrit* sur le papier même que l'on a clos et scellé.

Personne ne conteste que l'acte de suscription ne doive être écrit sur le papier même qui a été clos et scellé, et qu'il y aurait nullité du testament mystique si cet acte était sur une feuille séparée (1). Mais il y a contradiction sur ces deux autres points : 1° que le procès-verbal doit être écrit de la main du notaire, et 2° qu'il doit constater la présentation et la déclaration faites par le testateur. Établissons donc chacun de ces points.

46. M. Duranton enseigne (IX, 127) que l'acte de suscription peut bien être écrit par un clerc du notaire comme tous les actes notariés. Les raisons qu'il en donne, c'est 1° que la loi n'exige pas la mention de l'écriture par le notaire, d'où l'on peut conclure, selon lui, que cette écriture ne doit pas nécessairement émaner de ce notaire; 2° que notre article demande seulement que l'acte soit *dressé* par le notaire, et que l'on peut bien dresser un acte sans l'écrire; que tous les actes notariés doivent être *dressés* par les notaires, d'après la loi de ventôse an 11, ce qui ne veut pas dire qu'ils doivent être écrits par eux.

Nous ne comprenons pas la portée du premier argument. Non, la loi n'exige pas que le notaire mentionne que c'est lui qui a écrit l'acte; mais comment suit-il de là qu'elle n'exige pas non plus qu'il l'ait réellement écrit? La loi n'exige pas la mention du fait; donc elle n'exige pas le fait! L'art. 970 n'exige pas que le testateur mentionne le fait d'avoir écrit son testament de sa main; M. Duranton en conclura-t-il que le fait n'est pas non plus nécessaire? Le second argument n'est pas plus solide. Dresser une chose, c'est la préparer en entier; dresser un acte, ce n'est pas seulement le *rédiger,* c'est le mettre prêt à se parfaire par l'apposition des signatures, c'est le mettre tout prêt à signer, c'est donc l'écrire. La loi du Notariat, quoi qu'en dise M. Duran-

(1) Turin, 5 pluv. an 13; Bourges, 10 août 1813; Rej., 6 juin 1815.

ton, ne dit nulle part que les notaires *dresseront* leurs actes, elle ne parle pas d'actes *dressés* par les notaires; elle parle des actes que les notaires *reçoivent* (art. 1, 8, 9, 12, 20 et 29), et elle nous prouve elle-même que *dresser* signifie *écrire;* car elle dit, dans l'art. 22, qu'avant de se dessaisir d'une minute (en vertu de jugement), les notaires *en dresseront et signeront une copie;* or, il est clair que quand il s'agit de prendre copie, il ne peut pas être question de *rédiger,* mais seulement d'*écrire*... Il y a plus, notre article n'est que la reproduction littérale de l'art. 9 de l'ordonnance de 1735, qui disait aussi que le *notaire dressera l'acte de suscription;* or, il a toujours été entendu, ainsi que l'attestent Furgole et d'Aguesseau lui-même, que cet art. 9 obligeait le notaire à écrire l'acte lui-même, tellement que les notaires des pays de droit écrit ayant lutté d'abord contre ce sens de la loi, une déclaration interprétative, du 6 mars 1751, explique positivement qu'eux seuls devaient écrire l'acte, sous peine de nullité (1).

C'est donc avec raison que le sentiment de M. Duranton est généralement rejeté (2).

IV. — 47. M. Coin-Delisle (n°s 45 à 51) est venu soutenir à son tour, contre l'opinion générale, que l'acte de suscription ne devait pas nécessairement mentionner la présentation et la déclaration faites par le testateur. — La dissidence qui existe sur ce point entre cet auteur et tous les autres tient à l'interprétation du pronom EN, dans ces mots : *le notaire* EN *dressera l'acte de suscription.* L'opinion générale fait rapporter le pronom *en* à toute la partie précédente de la phrase, en sorte que le sens serait : *Le testateur présentera* (son testament)... *il déclarera que.... et le notaire en dressera* (dressera de cela, avec ces éléments-là) *l'acte de suscription.* Selon M. Coin-Delisle, au contraire, le pronom *en* se rapporterait au mot *testament,* en sorte que le sens serait : *Le notaire dressera l'acte de suscription du testament.* — On conçoit les conséquences différentes de ces deux systèmes. Si l'article signifie que le notaire dressera l'acte *au moyen des éléments qui viennent d'être indiqués,* il y aura nécessité d'exprimer que le testateur a présenté aux notaires et aux témoins un papier clos et scellé (ou qu'il a fait clore et sceller en leur présence), et qu'il a déclaré que c'était là son testament, signé par lui, écrit par... Si, au contraire, l'article signifie seulement que le notaire dressera *l'acte de suscription du testament,* sans indiquer de quels éléments cet acte devra se composer, le notaire restera libre de mentionner ou d'omettre ce qu'il voudra, sans qu'il puisse jamais y avoir nullité.

Pour repousser l'interprétation généralement admise, M. Coin-Delisle dit que si les mots *le notaire, etc.,* signifient *le notaire au moyen de ces éléments dressera l'acte de suscription,* il y aura une faute de français, puisque le mot *acte de suscription,* présentant alors un sens

---

(1) *Voy.* les annotations de l'art. 976 au *Code Tripier.*

(2) Merlin (*loc. cit.,* § 2, art. 4, n° 5); Grenier (n° 271); Delvincourt, Favard (v° Testament, sect. 1, § 4); Toullier (V, 481); Dalloz (*loc. cit.*); Poujol (n° 12); Coin-Delisle (n° 35).

indéfini (attendu qu'on n'en a pas encore parlé), il aurait fallu le faire précéder, non pas de l'article défini *le*, mais de l'adjectif *un*. Mais d'abord, tout le monde sait que le texte de nos lois fourmille de fautes semblables, sinon plus graves. Est-ce que cette faute, d'ailleurs, ne disparaîtrait pas en sous-entendant les mots *du testament*, que l'esprit, en effet, ajoute et supplée tout naturellement?... Voyons, au contraire, si le système de M. Coin-Delisle ne prête pas à des objections autrement sérieuses. — D'abord, conçoit-on bien ce pronom *en* se rapportant à un substantif qui se trouve *neuf lignes* au-dessus, au lieu de se rapporter à la proposition qui le précède immédiatement? Le conçoit-on alors surtout que les mots *testament mystique* sont séparés de ce pronom par deux phrases se terminant chacune par un *point* final? En vain M. Coin-Delisle fait remarquer que la ponctuation de l'art. 9 de l'ordonnance était différente et ne présentait que des *deux-points* là où le conseil d'État *s'est avisé* de mettre des points ; car c'est avec sa rédaction *actuelle* que l'article a été discuté, arrêté et décrété. Mais arrivons à des arguments qui touchent aux choses, au lieu de porter sur les mots et les virgules. S'il était vrai que la loi, en demandant un acte de suscription, n'exige pas telle ou telle mention; si toutes les énonciations, et absolument toutes, étaient facultatives pour le notaire, de quoi donc se composerait cet acte de suscription?... Ne voit-on pas que ce serait une plaisanterie, et que la prescription de la loi reviendrait à dire : il vous est rigoureusement enjoint, sous peine de nullité, de dresser un acte qui explique ce qu'il vous plaira d'expliquer, et dans lequel il vous plaira de ne rien dire?

Reconnaissons donc que le pronom *en* a ici le sens de ces vieilles locutions *dont, de quoi, de tout quoi,* et se rapporte aux faits qui viennent d'être indiqués et que le notaire doit mentionner : ainsi ce notaire devra écrire, et sous peine de nullité, que le sieur N. lui a présenté, en présence des six témoins soussignés, un papier clos et scellé (ou un papier qui a été clos et scellé en présence d'eux tous) en lui déclarant que ce papier contenait, etc. Telle est, en effet, la doctrine des auteurs et de la jurisprudence (1).

48. Il est évident, au reste, que les mentions n'ont rien de sacramentel, et qu'elles peuvent être faites en termes équivalents à ceux de notre article. Ainsi, quand il est dit que le testateur *a remis* (au lieu de *a présenté*), qu'il a remis au notaire *en présence des témoins* (au lieu de *et aux témoins*), qu'il a déclaré avoir signé son testament *après l'avoir dicté à un tiers* (au lieu de *après l'avoir fait écrire par un tiers*), la jurisprudence décide, et avec raison, qu'il y a mention suffisante.

Telle est sans doute, au fond, la pensée que M. Duranton a voulu

(1) Merlin (*loc. cit.*, § 3, art. 3, n° 11); Grenier (n° 264); Toullier (V, 471 et 472); Delvincourt (II); Demante (II, 350); Duranton (IX, 130); Vazeille (n° 9); arrêts de la Cour suprême des 7 avr. 1806, 8 avr. 1806, 7 août 1806, 11 mai 1811, 28 déc. 1812; et de nombreux arrêts de Cours d'appel, notamment Bordeaux, 5 mai 1828; Toulouse, 19 juin 1830.

exprimer dans les propositions contradictoires qu'il a écrites sur ce point. Il commence par dire que *le défaut de mention des diverses formalités n'entraîne pas la nullité,* mais il ajoute, *pourvu qu'il résulte du contexte de l'acte de suscription qu'elles ont été observées...* Il répète plus bas que l'art. 976 *ne prescrit pas ces mentions;* que, sans doute, il faut que toutes les formalités voulues soient ponctuellement observées, mais que *la preuve de leur observation* peut bien résulter *de l'ensemble et du contexte de l'acte* de suscription. Il finit en redisant pour la troisième fois : « Il faut qu'il résulte *de l'acte lui-même* que ces formalités ont été observées, et la preuve n'en peut être *prise ailleurs;* mais *la mention* de ces formalités est une formalité particulière *que le Code ne prescrit point...* » Mais évidemment, pour que la preuve de l'accomplissement de ces formalités résulte *de l'acte même,* et sans qu'on ait à le chercher *ailleurs,* il faut bien que cet accomplissement soit énoncé, exprimé; or, quelle différence y a-t-il entre *l'énonciation* ou *l'expression* et *la mention?...* Certainement M. Duranton a voulu dire que le Code n'exige pas une mention en termes sacramentels, ni même une mention spéciale et précise pour chaque formalité, et qu'il suffit d'une mention quelconque.

Il est vrai que, malgré cette explication, le passage de M. Duranton n'échappe pas encore entièrement au reproche de contradiction. En effet, le savant professeur déclare ne pas se ranger à la décision par laquelle la Cour suprême (28 déc. 1812) a prononcé la nullité d'un acte de suscription dans lequel il n'était pas dit par qui ce testament était écrit et signé. Or, il n'était pas prouvé *par l'acte de suscription lui-même* que *toutes les formalités* prescrites par notre article eussent été observées; c'est *ailleurs,* c'est hors de l'acte de suscription, qu'on aurait pu savoir si le testateur avait fait la déclaration requise quant à l'écriture et la signature. Donc, d'après les principes de M. Duranton lui-même, on devait proclamer nul ce testament, que lui cependant trouve *valable.*

V. — 49. L'acte de suscription étant un acte notarié, se trouve donc soumis en général aux règles portées par la loi du 25 ventôse an 11; mais ce n'est pas un acte notarié ordinaire, et ces règles, dès lors, ne lui sont pas toutes applicables. Ainsi, on appliquera à cet acte les règles relatives à la compétence des notaires (art. 6); à l'énonciation des noms et demeure du notaire, des noms et demeures des témoins; à l'indication des lieu, année et jour où l'acte est passé (art. 12); à la forme des renvois et apostilles (art. 15); aux additions, surcharges, interlignes, mots rayés (art. 16). Mais devra-t-on lui appliquer également les dispositions des art. 8 et 10?... Nous le pensons; mais cette solution, qui est d'abord très-contestée en ce qui touche le second de ces articles, ne doit d'ailleurs être présentée qu'avec une observation qui en restreint la portée.

L'art. 8 est celui qui défend aux notaires de recevoir les actes dans lesquels leurs parents ou alliés se trouvent parties, ou qui contiennent des dispositions en faveur de ces parents ou alliés. Or, cet article est

évidemment applicable ici; mais c'est seulement, bien entendu, pour ce qui est de l'acte de suscription, car c'est seulement cet acte, et non pas le testament inclus, qui se trouve être acte notarié. Donc, un notaire ne pourrait pas dresser un acte de suscription pour un testateur qui serait son parent ou allié dans les limites de cet art. 8; car ce testateur est partie à l'acte de suscription. Mais là s'arrête l'incapacité; et le notaire pourra très-bien recevoir l'acte de suscription d'un étranger, quand même le testament inclus contiendrait des dispositions au profit des parents et alliés de ce notaire, et au profit du notaire lui-même. C'est évident; car ce testament n'est pas un acte reçu par le notaire : il n'y a d'acte notarié que l'acte de suscription, et cet acte ne contient de dispositions au profit de personne.

Il faut faire une observation semblable sur l'art. 10. Cet article (2ᵉ al.) défend d'admettre comme témoins les parents, alliés, clercs ou serviteurs du notaire ou des parties; or, si cette règle peut s'appliquer ici au notaire et au testateur, elle ne peut certainement pas s'appliquer aux légataires : des parents ou alliés de ces légataires, et bien plus, ces légataires eux-mêmes peuvent être témoins. C'est évident par une double raison : 1° le testament étant ici secret (au moins légalement), il est bien impossible de fonder une incapacité *légale* sur un fait *légalement* ignoré. Les légataires sont inconnus ou légalement réputés tels : sans doute le testateur peut bien renoncer au secret que la loi offre, et faire connaître ses dispositions à qui voudra; mais cette connaissance donnée, sans être *illégale,* est *extralégale,* elle est non avenue en droit; en droit on ne connaît pas les légataires, et on ne peut pas parler dès lors d'exclure ces légataires, ni leurs parents, alliés ou serviteurs. 2° La loi n'exclut que les parents, alliés ou serviteurs de ceux qui sont parties à l'acte que reçoit le notaire : or, ce n'est pas le testament inclus qui est ici acte notarié, c'est seulement l'acte de suscription; et le testateur est le seul qui soit partie à cet acte (1).

50. La seule question possible est donc celle-ci : Doit-on exclure du témoignage les parents, alliés, clercs et serviteurs du notaire et du testateur? C'est là le point que nous avons résolu affirmativement, en avertissant qu'il y avait contestation.

Merlin (*loc. cit.*, § 3, art. 2, n° 8) et M. Coin-Delisle (art. 980, n° 39) enseignent le contraire. Le Code, disent-ils, en créant un système

---

(1) Ces mêmes raisons nous donnent une réponse facile à une question sur laquelle deux auteurs distingués sont tombés dans l'erreur.

Grenier (n° 268) et Favard (sect. 1, § 4, n° 5) enseignent qu'il y aurait nullité si le testament avait été écrit par un individu qui est lui-même légataire et qui se trouve ensuite un des témoins à l'acte de suscription. C'est là une erreur certaine. Où est donc le texte qui prononce nullité pour ce cas?... On ne connaît, ou l'on est légalement censé ne connaître ni les légataires, ni la personne par qui le testateur a pu faire écrire : tout ceci n'est connu ou réputé connu qu'après la mort du testateur, à l'ouverture du testament; et par conséquent il importe peu que celui qui aurait écrit les dispositions, quand il serait encore légataire, se trouve être ensuite l'un des témoins ou même le notaire dressant l'acte de suscription. C'est ce que disent fort bien Merlin (sect. 2, § 3, art. 8, 20), Toullier (V, 467), Delvincourt et M. Coin-Delisle (art. 680, n° 10).

spécial pour les témoins testamentaires, a donc dérogé au système général de la loi de ventôse; or, ce système spécial n'indiquant d'incapacités que pour le testament public (art. 975), et n'en formulant aucune pour le testament mystique, il s'ensuit que tous ceux qui réunissent les qualités générales voulues par l'art. 980 pourront témoigner dans ce dernier testament. Le doute, ajoutent-ils, n'est guère possible sur ce point, puisque le rapporteur du Tribunat, M. Jaubert, a positivement expliqué que « la loi sur l'organisation du Notariat ne peut être invoquée ici, et que les clercs mêmes du notaire ne sont pas exclus du testament mystique. » (Fenet, XII, p. 604 et 605.) — La réponse est facile. C'est devant le Tribunat que M. Jaubert parlait ainsi, exprimant à ses collègues son opinion personnelle; or, ce qui prouve qu'on ne peut pas induire de là que cette opinion ait été adoptée ni par le Corps législatif, ni même par le Tribunat, ce qui pourrait même faire penser le contraire, c'est que celui des tribuns qui fut chargé de porter au Corps législatif le vote du Tribunat, M. Favard, est précisément l'un des auteurs qui ont écrit dans notre sens... Maintenant, il est vrai que le Code déroge à la loi de ventôse pour ce qui concerne les témoins testamentaires; mais il n'y déroge que pour les points dont il traite, et non pour ceux qu'il passe sous silence. Or, après avoir réglé avec soin les incapacités des témoins du testament public, il ne dit rien, absolument rien, des incapacités des témoins au testament mystique; et par conséquent ces incapacités restent soumises aux règles générales (1).

VI. — 51. Le reste de notre art. 976 ne présente pas de difficulté. D'abord, l'acte de suscription doit être signé par le testateur, le notaire et les six témoins, sans que la loi permette ici, comme elle le fait pour le testament public, de se contenter dans les campagnes de la signature de la moitié des témoins. Il faudra donc trouver six témoins sachant et pouvant signer; *dura lex, sed lex.* On ne serait pas même dispensé de ce nombre par la présence d'un notaire parmi les témoins : ce notaire ne serait toujours qu'un témoin; car aucun texte ne permet de généraliser la règle particulière de l'art. 971 et de dire d'une manière absolue qu'un notaire vaut deux témoins. Obéissant, trop aveuglément peut-être, aux traditions romaines, la loi tient à la présence de *sept* personnes; et cela est si vrai, que l'article de l'ordonnance, au lieu d'appeler le notaire avec six témoins, appelait SEPT *témoins, y compris le notaire.* — Que si c'était le testateur qui, par un empêchement survenu depuis la signature apposée à ses dispositions, ne pût signer l'acte de suscription, il suffirait de la déclaration qu'il ferait à cet égard, et qui devrait être mentionnée par le notaire. Il ne suffirait pas, remarquons-le bien, que le notaire exprimât que le testateur *n'a pu signer*; il faut qu'il énonce que ce testateur *lui a déclaré* ne pouvoir signer.

---

(1) Maleville, Grenier (nº 270); Delvincourt, Toullier (V, 468); Delaporte (*Pand.*, art. 975); Favard (vº Testament, sect. 1, § 4); Duranton (IX, 141); Dalloz (art. 6, nº 6); Vazeille (nº 16); Poujol (nº 8).

Mais il n'est pas nécessaire de mentionner la cause de l'empêchement.

52. Toutes les formalités de la présentation et de la rédaction de l'acte de suscription doivent se faire de suite, sans discontinuité; c'est-à-dire, comme l'exprime la loi elle-même, qu'on ne doit pas interrompre la série des formalités pour s'occuper d'autres affaires, et qu'on ne doit pas se permettre d'autres intervalles, d'autres repos, que ceux que demande la santé des personnes. Du reste, la mention de cette unité de contexte n'est nullement exigée.

977. — Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel signera l'acte avec les autres témoins; et il y sera fait mention de la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé.

53. La dernière partie de l'article précédent a prévu le cas d'un testateur qui ne peut signer l'acte de suscription après avoir signé ses dispositions; et la loi se contente alors de la déclaration du testateur à cet égard, déclaration que doit énoncer le notaire. Ici la loi suppose que le testateur qui ne peut pas signer la suscription n'a pas pu signer non plus ses dispositions; et elle exige alors qu'il soit appelé un septième témoin, pouvant signer, ainsi que les six autres.

Ce témoin devant être appelé *à l'acte de suscription outre* les six autres, et comme ceux-ci, il ne suffirait donc pas qu'il vînt seulement pour la fin de l'opération; il doit assister à l'ensemble de cette opération, et il doit être constaté par l'acte que telle personne a présenté tel papier et a fait telles déclarations au notaire et à sept témoins, l'un de ces témoins ayant été appelé parce que cette personne n'avait pas pu signer ledit papier. Au reste, notre article exige bien qu'il soit fait mention de la cause pour laquelle est appelé le septième témoin, c'est-à-dire de l'impossibilité de signer du testateur; mais il ne demande pas qu'on indique la cause de cette impossibilité.

978. — Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, ne pourront faire de dispositions dans la forme du testament mystique.

54. Il faut que la personne qui présente un papier au notaire et aux témoins, en le disant contenir son testament, puisse être personnellement certaine de l'exactitude de sa déclaration; il faut donc qu'elle ait pu lire ce papier lorsqu'il s'est agi de le présenter (1).

---

(1) Lorsqu'il est établi, en fait, que le testateur pouvait lire, il y a présomption qu'il a pu lire le testament mystique par lui déposé; il n'est pas nécessaire qu'il soit établi que le testateur l'a réellement lu. Cass., 22 juin 1852 (Dev., 52, I, 699; Dall., 53, I, 107; *J. Pal.*, 52, II, 350). — Jugé aussi qu'il suffit pour la validité du testament mystique que le testateur qui l'a fait écrire sache et puisse lire; il n'est pas nécessaire qu'il en ait pris personnellement lecture. Pau, 3 juill. 1865 (Dev., 65,

Nous avons déjà dit (art. 976, n° II) qu'une personne qui ne sait pas lire l'écriture de main, et qui lit bien l'écriture imprimée (ce qui arrive quelquefois à des personnes signant bien leur nom), pourrait à la rigueur faire imprimer ses dispositions. Grenier (n° 458), d'après Furgole, et M. Duranton (n° 135) enseignent qu'il faut savoir lire l'écriture de main; mais ils parlent seulement en thèse générale et pour exprimer cette idée, très-exacte assurément, que la personne qui ne lit que l'écriture imprimée se trouve parmi les personnes ne sachant pas lire, quant aux testaments manuscrits. Aucun auteur, à notre connaissance, ne s'est expliqué sur le cas d'un testament imprimé : M. Coin-Delisle (n° 2) dit seulement, et avec raison, que si une personne sait lire l'écriture moulée, et qu'une autre personne lui ait écrit son testament de manière à donner aux lettres la forme des caractères d'imprimerie, on ne pourrait pas prononcer la nullité. Mais pourquoi donc et d'après quel texte l'annulerait-on, si ce tiers, au lieu d'imiter les caractères d'imprimerie, s'était servi de ces caractères eux-mêmes? Ne serait-ce pas toujours là une écriture, écriture que le testateur aurait pu lire?... M. Coin-Delisle, dans un autre passage (n° 4), va bien plus loin que nous et présente une doctrine qui doit paraître plus douteuse, quand il admet la validité du testament qu'un aveugle aurait fait imprimer en caractères saillants, et qu'il aurait pu lire par le toucher. Nous partageons cependant son opinion; car, bien qu'on ne lise ordinairement qu'avec les yeux, il est exact de dire que *lire* c'est, en général, prendre connaissance de ce qui est écrit, par la perception et l'intelligence des caractères. Ce serait aux juges, en cas de contestation, à décider *en fait* si l'aveugle, par ses habitudes et son degré d'intelligence et d'habileté, a vraiment pu lire le testament, c'est-à-dire en bien saisir le sens.

979. — En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament : après quoi le notaire écrira l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins; et sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976.

55. Il ne suffit pas pour faire un testament mystique de pouvoir

---

II, 9); Cass., 7 mai 1866. — Un testament mystique écrit de la main d'un tiers est valable, bien que le testateur ne sache ou ne puisse parler au moment de sa confection : la disposition qui, au cas où le testateur ne peut parler, veut que le testament mystique soit entièrement écrit, signé et daté de sa main, ne doit s'entendre que de l'impossibilité où serait le testateur de parler au moment de la présentation de son testament au notaire. Orléans, 17 juill. 1847 (Dev., 47, II, 614; Dall., 47, II, 165).

lire les dispositions qu'on a écrites ou fait écrire; il faut encore être en état de faire savoir au notaire et aux autres témoins que le papier qu'on leur présente est un testament. Il y aurait trois moyens de le faire savoir : la parole, l'écriture et les signes. La loi n'admet jamais ce dernier moyen, alors même qu'il s'adresserait à un notaire et à des témoins qui pourraient le comprendre; mais elle permet l'écriture à celui qui ne peut pas se servir de la parole. Tous ceux donc qui ne peuvent pas parler, pour quelque cause que ce soit, pourront faire un testament mystique, s'ils savent écrire.

La loi, au surplus, se montre plus difficile dans ce cas que dans les cas ordinaires; car, en outre de l'attestation (que la personne doit alors écrire au bout de l'acte de suscription) que le papier qu'elle présente contient son testament, attestation qui remplace la déclaration verbale, la loi ajoute trois formalités nouvelles : 1° le testateur pouvant nécessairement écrire, la loi profite de cette circonstance pour exiger que le testament soit écrit en entier de sa main; 2° non contente de l'attestation apposée au-dessus de la suscription par la main du testateur, la loi veut que le notaire énonce encore que c'est bien ce testateur qui a écrit ces mots en présence de lui et des témoins; 3° enfin, la loi demande que le papier, écrit en entier et signé par la personne, porte de plus la date de sa rédaction.

Il est impossible de justifier cette dernière rigueur, qui n'a en effet d'autre cause que l'inattention des rédacteurs du Code. L'ordonnance de 1735, par son art. 38, ayant rigoureusement exigé pour tous actes de dernière volonté la date de la disposition, même dans les testaments mystiques, qui devaient porter et la date de la disposition et celle de la suscription, il avait été tout simple que l'art. 12 exigeât aussi cette date dans notre cas particulier : c'était l'application de la règle générale. Nos rédacteurs, en supprimant cette règle générale, et en dispensant ainsi le testament mystique de présenter la date de la rédaction de l'écrit testamentaire, ont oublié sans doute de modifier dans ce sens l'art. 12, et l'ont par inadvertance reproduit dans notre article tel qu'il était. Quoi qu'il en soit, et si peu logique que puisse être aujourd'hui cette prescription, l'omission de cette formalité n'en entraînerait pas moins la nullité du testament, lequel, faute de date, ne pourrait valoir ni comme mystique, ni comme olographe.

980. — Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets de l'empereur (1), jouissant des droits civils.

SOMMAIRE.

I. Quatre qualités constituent la capacité absolue des témoins testamentaires. Sens des mots *sujets du roi* : controverse. — La loi de ventôse ne s'applique pas ici. — De la capacité putative.

II. Des incapacités naturelles : cécité, surdité, mutisme, inintelligence de la langue du testateur.

(1) Texte de l'édition du 3 sept. 1807. — L'édition du 30 août 1816 porte *sujets du roi*.

I. — 56. Cet article indique les qualités générales que doivent présenter les témoins testamentaires, et s'applique tout à la fois au testament mystique et au testament public.

Les deux premières qualités exigées par l'article, celles de *mâles* et de *majeurs,* ne sauraient offrir de difficulté; mais il n'en est pas de même de la troisième. Les mots *sujets du roi,* employés sous la royauté, n'ont pas, comme on le devine bien, toujours existé dans notre article : lors de la rédaction du Code, sous la république, on avait demandé que les témoins fussent *républicoles* (c'était là l'expression qu'on avait substituée à l'ancien mot *regnicoles* de l'ordonnance de 1735); en 1807, sous l'empire, le mot *républicole* fit place à ceux *sujets de l'empereur,* qui furent remplacés en 1816 par *sujets du roi.*

Delvincourt et M. Vazeille (n° 11), se fondant sur ce que les mots *sujets du roi* se trouvaient mis en remplacement de *républicoles* et *regnicoles,* pensent qu'ils signifiaient tout simplement *habitants du royaume;* d'où ils concluent qu'on peut être témoin dans un testament sans être Français, par cela seul qu'on est domicilié en France, pourvu qu'on y ait d'ailleurs la jouissance des droits civils, comme l'exige la fin de l'article; ils disent que, quand même on tiendrait rigoureusement au sens des mots *sujets du roi,* qu'ils croient mis par inattention, leur décision ne pourrait pas être rejetée pour cela, attendu que l'étranger, admis *par autorisation du roi* à établir son domicile en France, se trouvait jusqu'à un certain point *sujet du roi.* Un arrêt de Turin (10 avril 1809) a jugé dans ce sens. — Mais c'est là une erreur. Et d'abord, le mot *regnicole* n'avait pas dans nos anciennes lois le sens qui paraît résulter de son étymologie; c'était un terme de jurisprudence qui signifiait, non pas *habitant* du royaume, mais *sujet* du royaume, et que l'on opposait à celui d'*aubain* ou étranger : « Nous appelons *regnicoles,* disait Domat, les sujets du roi; et les étrangers sont ceux qui sont sujets d'un autre État. » (*Liv. prélim.*, t. II, sect. 2, n° 11.) C'est donc avec raison et très-exactement que les mots *regnicoles* et *républicoles* avaient été remplacés par ceux *sujets de l'empereur, sujets du roi.* Maintenant il est clair que *sujets du roi* était synonyme de *Français;* et que des étrangers, alors même qu'ils sont autorisés à établir leur domicile en France, ne sont pas pour cela des sujets du gouvernement. Il faut donc que les témoins testamentaires soient Français; et telle est en effet la doctrine des auteurs et des arrêts (1).

Il faut enfin que les Français appelés à témoigner dans les testaments aient la jouissance des droits civils. Et, bien entendu, il s'agit ici, comme dans plusieurs autres articles du Code (notamment les art. 11 et 13), de la jouissance dans le sens large de ce mot, de la jouissance

(1) Merlin (v° Témoins instrum., § 2, n° 3); Toullier et Duvergier (V, 395); Favard (v° Testament, sect. 1, § 3, art. 2); Duranton (IX, 105); Dalloz (ch. 6, sect. 4, art. 5); Poujol (art. 975, n° 4); Coin-Delisle (n° 7); et Grenier (n° 247 *bis*), qui avait d'abord enseigné le contraire dans ses deux premières éditions; Rennes, 11 août 1809; Rej., 23 janv. 1811; Colmar, 13 fév. 1818; Toulouse, 10 mai 1826; Rej., 23 avr. 1828; Colmar, 26 déc. 1860 (Dev., 61, II, 265; *J. Pal.*, 61, 815).

pleine et entière, c'est-à-dire comprenant aussi l'*exercice* des droits. Ainsi, sont incapables d'être témoins non-seulement les morts civilement, mais ceux qui se trouvent frappés d'interdiction judiciaire ou légale (*voy.* C. pén., art. 28, 34 et 42, et L. 31 mai 1854).

57. Les conditions exigées pour les témoins testamentaires sont donc d'être Français, mâle, majeur, et d'avoir l'exercice des droits civils. Ces quatre conditions sont les seules (sauf, bien entendu, les cas d'incapacité relative que nous avons expliqués sous les art. 975 et 976; et il n'y a pas lieu d'exiger ici celles qui sont demandées par l'art. 9 de la loi de ventôse, savoir : que les témoins soient citoyens, qu'ils sachent signer, et qu'ils soient domiciliés dans l'arrondissement. Nous avons vu, en effet, que le Code, en ce qui concerne les témoins testamentaires, déroge à la loi de ventôse pour tous les points dont il s'occupe; or, puisqu'il nous présente un article spécial pour régler les qualités que doivent avoir ces témoins, c'est donc là l'un des points sur lesquels la loi de ventôse se trouve inapplicable. Ainsi l'individu qui a obtenu par naturalisation la qualité de Français, sans avoir celle de citoyen, pourra être témoin; il en sera de même de celui qui ne saurait pas signer, dans le cas exprimé par l'art. 974; enfin, il importera peu de savoir où le Français sera domicilié, et il devrait être admis, alors même qu'il aurait son domicile hors de France, puisqu'il n'en serait pas moins sujet de l'État. La doctrine de Toullier (V, 367) et de quelques arrêts, d'après laquelle le témoin devrait être domicilié dans l'arrondissement, a donc été justement rejetée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence (1).

58. Au surplus, ce n'est pas une capacité putative que la loi demande, c'est une capacité réelle, effective; et il ne suffirait pas, pour la validité du testament, que le testateur eût cru à l'existence des qualités voulues chez les témoins auxquels elles manquaient. Toutefois, comme la loi n'a certainement pas voulu soumettre l'exercice du droit de tester à des conditions impossibles, on doit maintenir le testament quand l'erreur est vraiment invincible; c'est aussi ce que fait la jurisprudence (2).

II. — 59. En outre des incapacités absolues résultant de l'absence de l'une des quatre conditions exigées par notre article, et des incapacités relatives réglées par l'art. 975 (pour le testament public) et par la loi de ventôse (pour le testament mystique), il peut exister encore diverses causes d'empêchement, que l'on a appelées incapacités naturelles, et qui sont plutôt des impossibilités physiques que des incapa-

---

(1) Merlin (*loc. cit.*); Grenier (n° 247); Duranton (IX, 112); Coin-Delisle (n°s 17 et 19); Bruxelles, 13 déc. 1808; Limoges, 7 déc. 1809; Douai, 27 avr. 1812; Caen, 19 août 1812; Paris, 18 avr. 1814; Rouen, 16 nov. 1818; Bordeaux, 17 mai 1821; Orléans, 11 août 1823; Bordeaux, 18 août 1823; Rej., 17 août 1824; Rej., 10 mai 1825; Cass., 4 janv. 1826; Rouen, 13 mars 1840; Rej., 3 août 1841 (Dev., 41, I, 865).

(2) *Voy.*, entre autres arrêts, Limoges, 7 déc. 1817; Grenoble, 14 août 1811; Colmar, 13 juill. 1819; Rej., 28 fév. 1821; Metz, 28 mars 1822; Colmar, 17 juill. 1828; Rej., 18 janv. 1830; Agen et Rej., 31 juill. 1834; Aix, 30 juill. 1828 (Dev., 34, I, 452; 39, II, 85).

cités. Nous voulons parler des circonstances qui mettraient un témoin hors d'état d'accomplir la mission qui lui est confiée par la loi.

Ainsi, d'abord, l'aveugle ne peut jamais être témoin ; car il ne peut pas savoir par lui-même si c'est bien le notaire qui écrit soit le testament, soit sa suscription, si tous les témoins sont et restent présents, etc. — Le sourd absolument sourd ne peut pas l'être dans le testament public, puisqu'il n'entendrait ni la dictée du testateur, ni la lecture que doit ensuite faire le notaire. Il ne saurait l'être non plus dans le testament mystique ordinaire, puisqu'il n'entendrait pas le testateur déclarant si son testament est écrit ou signé par lui, ou s'il est signé seulement. Mais il pourrait être admis au testament mystique de celui qui ne parle pas, puisqu'il pourrait lire, aussi bien que les autres témoins, l'énonciation que le testateur fait alors par écrit de cette circonstance. — Quant au muet, comme un témoin n'a jamais rien à dire ni pour le testament public, ni pour le testament mystique, son infirmité ne le rendrait pas inhabile, pourvu seulement qu'il fût en état de rendre témoignage de ce qui se serait passé, c'est-à-dire pourvu qu'il pût s'exprimer soit par l'écriture, soit par signes. — Il est évident, enfin, que ceux-là ne seraient pas valablement témoins, qui seraient complétement hors d'état de comprendre la langue, l'idiome ou le patois dans lesquels s'exprime le testateur; excepté, bien entendu, s'il s'agissait d'un testament mystique, et que le testateur, qui ne pourrait pas parler en français, usât de l'art. 979 en écrivant, au lieu de la prononcer, la mention exigée par la loi (après avoir eu soin d'écrire lui-même, dater et signer ses dispositions, comme le veut cet art. 979) : dans ce cas, le testateur n'ayant pas à parler, il importe peu que les témoins ne comprennent pas sa langue; il suffit qu'ils puissent attester que c'est lui qui a écrit ce qui précède l'acte de suscription, et qu'il a signé cet acte.

SECTION II.

DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS.

60. Les règles particulières qu'on nous annonce ici sont relatives à quatre cas pour lesquels la loi se départit des formes rigoureuses posées par la précédente section. Ces quatre cas sont ceux : 1° du testament militaire; 2° du testament fait dans un lieu avec lequel les communications sont interceptées par l'effet d'une contagion; 3° du testament fait sur mer; 4° enfin, du testament fait en pays étranger par un Français.

La section s'occupe du testament militaire dans les art. 981-984 ; du testament fait au sein d'une contagion, dans les art. 985-987; du testament fait en mer, dans les art. 988-997; elle présente dans l'art 998 une règle commune aux trois cas; elle traite du testament fait à l'étranger dans les art. 998 et 1000; et enfin, elle pose, dans l'art. 1001, une disposition qui s'applique à tous les cas prévus par les deux sections, et qui déclare que toutes les formalités, soit générales, soit particulières, exigées par le Code pour les testaments, sont toutes requises à peine de nullité.

On voit, par cet art. 1001, que la rubrique de notre section n'est pas plus exacte que celle de la section précédente. En nous annonçant seulement des *règles particulières,* notre section II contient cependant une règle aussi générale que possible; comme la section I, malgré son titre de *Règles générales,* présente bon nombre de dispositions particulières à des espèces déterminées de testaments. Ce défaut de méthode n'est pas sans entraîner des difficultés; et c'est une question controversée que de savoir quelles sont celles des règles de la première section qui doivent être réputées règles générales, et s'appliquer, dès lors, aux cas prévus par la section que nous allons expliquer. Nous examinerons cette question sous l'art. 998.

981. — Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées pourront, en quelque pays que ce soit, être reçus par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur, en présence de deux témoins, ou par deux commissaires des guerres, ou par un de ces commissaires en présence de deux témoins.

61. Le testament militaire n'est permis qu'à ceux qui sont soldats ou attachés à l'armée par une commission du gouvernement, pourvu encore que l'on se trouve dans les circonstances qui vont nous être indiquées par l'art. 983. Quant à ceux qui suivraient l'armée sans mission publique, ils ne peuvent pas invoquer notre article; ils ne sont pas légalement des employés de l'armée.

Le testament militaire peut être reçu : 1° par un chef de bataillon ou d'escadron, ou tout autre officier supérieur, assisté de deux témoins; 2° par un intendant ou sous-intendant militaire (remplaçant depuis le 29 juillet 1817 les commissaires des guerres), également assisté de deux témoins; 3° par deux intendants ou sous-intendants militaires, sans besoin de témoins. — Il paraîtrait naturel de reconnaître aux officiers supérieurs, comme aux intendants ou sous-intendants, le droit de procéder sans témoins, en agissant à deux conjointement. Mais notre article ne le dit pas, et par conséquent ces deux officiers seraient sans pouvoir; le second ne pourrait servir que de témoin, et un autre témoin devrait lui être adjoint pour que le testament pût être reçu. Mais, d'un autre côté, la compétence des officiers et des intendants n'est pas ici relative, comme dans l'art. 89, pour les fonctions d'officiers d'état civil; elle est absolue pour tous les membres de l'armée, et les intendants ou sous-intendants peuvent recevoir le testament des soldats, comme les officiers peuvent recevoir celui des employés.

982. — Ils pourront encore, si le testateur est malade ou blessé, être reçus par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice.

62. Dans les hospices, si peu considérables qu'ils soient, et quoiqu'il

ne s'agît que d'une ambulance peu importante, le testament peut être reçu non-seulement par les fonctionnaires désignés à l'article précédent, mais encore par l'officier de santé en chef de cet hospice, assisté par l'officier militaire chargé du commandement. Peu importe quels sont les grades de ces officiers de santé et militaires : le premier ne fût-il qu'aide-major, le second ne fût-il que lieutenant, ils pourront recevoir le testament, et sans avoir besoin de témoins, du moment qu'ils seront préposés l'un au service de santé, l'autre au commandement. Mais ils ne pourront procéder qu'en agissant conjointement; et l'un d'eux ne pourrait dresser l'acte sans le concours de l'autre, même en présence de témoins. Du reste, il faut, pour faire naître la compétence des deux officiers, que celui dont il s'agit de recevoir le testament soit malade ou blessé.

983. — Les dispositions des articles ci-dessus n'auront lieu qu'en faveur de ceux qui seront en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi; sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur puissent en profiter, à moins qu'ils ne se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle et autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

63. Cet article est trop clair pour avoir besoin de développements. Disons seulement que le droit de tester militairement ne saurait appartenir, selon nous, au militaire qui a reçu son congé, ni à l'employé qui a donné sa démission ou qui a reçu sa destitution. M. Coin-Delisle pense que le militaire qui reçoit son congé définitif doit encore jouir des bénéfices attachés à sa qualité, jusqu'à ce qu'il ait atteint le territoire français; mais nous ne saurions partager cette opinion. Nous sommes ici dans une matière toute de droit civil, et dont les dispositions ne peuvent ni s'étendre ni se restreindre au delà des règles positives du Code : or, l'art. 681 ne parle que du testament des militaires; et celui qui a reçu son congé n'est plus militaire.

Mais il n'en serait pas de même, quoi qu'en ait dit Delvincourt (sur le fondement d'une loi romaine inapplicable chez nous), de l'officier supérieur à qui on aurait enlevé son commandement, et dont le successeur serait arrivé. A Rome, les chefs des troupes cessaient d'être militaires par leur révocation; en France, au contraire, l'officier reste toujours officier et conserve son grade, alors qu'on lui enlève le commandement dont il était chargé. Or, puisqu'il est toujours officier, toujours militaire, il peut donc tester militairement tant qu'il est retenu avec les troupes hors du territoire, ou dans un lieu du territoire dont les communications sont interrompues par l'effet de la guerre.

984. — Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires.

64. Le rapprochement des trois art. 984, 987 et 996 fait voir que les trois testaments privilégiés dont on y parle perdent leur valeur après un délai, tantôt de six mois, tantôt de trois mois, depuis le moment où leur auteur s'est trouvé dans cette double circonstance : 1° perte du droit de tester exceptionnellement; 2° possibilité de tester en l'une des formes ordinaires. Tel est le principe que notre article exprime d'une manière incomplète, quand il parle seulement d'un testateur revenant dans un lieu où il peut employer les formes ordinaires : ce n'était pas seulement du testateur *sortant du lieu où il pouvait* tester militairement qu'il fallait parler, mais plus généralement du testateur *perdant par une cause quelconque le droit* de tester militairement, et ayant d'ailleurs la possibilité de tester en forme ordinaire. Ainsi, par exemple, qu'un militaire qui reçoit son congé reste à l'armée comme domestique d'un officier, après avoir testé militairement; si, en perdant le droit de tester militairement, cet individu se trouve en mesure de tester en l'une des formes ordinaires (si, par exemple, il sait assez écrire pour faire un testament olographe), c'est de suite que commencent les six mois à l'expiration desquels son testament militaire sera nul; mais s'il ne peut tester olographement, ces six mois ne courront qu'à partir du jour où il aura pu s'adresser à un officier public ordinaire. Ainsi, pendant les six mois, partant de l'un ou de l'autre point, le testateur n'a plus le droit *de faire* un testament privilégié, mais il conserve toujours le droit *d'avoir* celui qu'il avait fait.

Que si, avant l'expiration des six mois, le testateur se retrouvait de nouveau dans les conditions voulues pour tester militairement, son droit *d'avoir* un testament militaire, n'ayant pas cessé, continuerait sans interruption, et le testament primitif resterait dès lors valable jusqu'à l'expiration de six mois à partir d'une nouvelle cause de déchéance. Mais si le testateur ne recouvrait le droit de tester militairement qu'après les six mois, le premier testament ayant alors cessé de valoir, il est clair que son auteur aurait besoin d'en faire un nouveau, s'il ne voulait pas être *intestat*.

985. — Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, pourront être faits devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins.

986. — Cette disposition aura lieu, tant à l'égard de ceux qui seraient attaqués de ces maladies, que de ceux qui seraient dans les lieux qui en sont infectés, encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.

987. — Les testaments mentionnés aux deux articles précédents deviendront nuls six mois après que les communications auront été rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu où elles ne seront point interrompues.

65. Lorsque, par l'effet d'une contagion, les communications sont interrompues avec un pays, toutes les personnes qui se trouvent dans ce pays, qu'elles soient ou non atteintes par la maladie, peuvent faire dresser leur testament par le juge de paix du canton ou son suppléant, ou par les maires ou adjoints de leur commune, pourvu que l'officier rédacteur soit assisté de deux témoins. M. Delaporte a écrit qu'un suppléant du juge de paix ne serait pas compétent, par la raison que les *assesseurs* qui existaient près des juges de paix lors de la confection du Code, après avoir été compris dans le projet de notre article, en ont été retranchés ensuite. Cette raison est sans valeur : car les assesseurs étaient tout autre chose que nos suppléants actuels. Le suppléant remplace le juge de paix empêché, il est juge de paix en second, et remplit les fonctions de juge de paix en premier, en cas d'empêchement de celui-ci. Les assesseurs, au contraire, ne pouvaient rien faire de ce que faisait le juge de paix ; ils étaient seulement chargés d'assister ce magistrat, qui ne pouvait juger qu'avec leur concours. Mais, puisque, sous la condition d'un simple empêchement du juge de paix, le suppléant est aussi juge de paix, le droit conféré à l'un par notre article appartient donc à l'autre sous cette condition.

M. Coin-Delisle, qui rejette comme nous l'opinion de M. Delaporte, enseigne qu'il n'y a lieu à l'application de nos articles que quand les communications sont interceptées *officiellement*. Nous ne saurions adopter cette idée ; nous pensons, avec Bousquet, que les habitants du pays frappé de la peste peuvent user du bénéfice de la loi du moment que, par le fait, il y a interruption des communications, sans avoir besoin de savoir si l'autorité administrative a pris des mesures. Le Code ne demande pas une communication interceptée officiellement, et nul n'a le droit d'être plus sévère que le Code : le droit des malheureux habitants ne peut pas souffrir de la négligence d'un préfet.

66. Le testament ainsi fait reste valable, comme le testament militaire, pendant six mois à compter du jour où son auteur a perdu le droit de le faire et a pu tester dans la forme ordinaire (art. 984).

67. Il faut ajouter à nos articles l'art. 19 de la loi du 2 mars 1822, qui autorise les membres des autorités sanitaires à recevoir, d'après les mêmes règles, dans les lazarets et autres lieux réservés, les testaments des personnes qui s'y trouvent en quarantaine.

988. — Les testaments faits sur mer, dans le cours d'un voyage, pourront être reçus, savoir :

A bord des vaisseaux et autres bâtiments de l'État, par l'officier commandant le bâtiment, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec celui qui en remplit les fonctions;

Et à bord des bâtiments de commerce, par l'écrivain du navire ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le

capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent.

Dans tous les cas, ces testaments devront être reçus en présence de deux témoins.

989. — Sur les bâtiments de l'État, le testament du capitaine ou celui de l'officier d'administration, et, sur les bâtiments du commerce, celui du capitaine, du maître ou patron, ou celui de l'écrivain, pourront être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service, en se conformant pour le surplus aux dispositions de l'article précédent.

68. Le testament fait en mer ne peut être reçu que par deux officiers réunis et assistés en outre de deux témoins. Remarquons encore que les officiers ou autres personnes qui viennent immédiatement dans l'ordre du service après ceux que la loi désigne, ne peuvent être pris qu'à défaut des premiers; ainsi, un lieutenant serait incompétent si le capitaine était présent et en état de recevoir l'acte.

Il y a, au surplus, cette différence entre les bâtiments de guerre et les bâtiments de commerce, que sur les premiers c'est l'officier qui reçoit l'acte avec l'assistance de l'écrivain, tandis que c'est tout le contraire sur les autres. Cela tient peut-être, comme le dit Delvincourt, à ce qu'on a craint que le capitaine ou patron d'un bâtiment de commerce ne fût pas toujours assez instruit.

Quand le testament qu'il s'agit de recevoir est précisément celui d'une des personnes chargées de recevoir le testament des autres, c'est le cas de recourir pour cause d'empêchement à l'officier ou employé qui suit immédiatement dans l'ordre du service.

990. — Dans tous les cas, il sera fait un double original des testaments mentionnés aux deux articles précédents.

991. — Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui auront reçu le testament, seront tenus de déposer l'un des originaux, clos ou cacheté, entre les mains de ce consul, qui le fera parvenir au ministre de la marine; et celui-ci en fera faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur.

992. — Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un port autre que celui de l'armement, les deux originaux du testament, également clos et cachetés, ou l'original qui resterait, si, conformément à l'article précédent, l'autre avait été déposé pendant le cours du voyage, seront remis au bureau du préposé de l'inscription maritime; ce préposé les fera passer sans délai au ministre de la marine, qui en ordonnera le dépôt, ainsi qu'il est dit au même article.

69. On voit que ces trois articles ont pour unique but de soustraire le testament fait en mer aux dangers auxquels il est exposé; ce sont là des moyens de conservation matérielle, indifférents à la perfection juridique de l'acte, et non pas des règles de forme. Il est clair qu'un testament aura toujours la même forme, soit qu'on en fasse deux exemplaires ou qu'on n'en fasse qu'un, et soit qu'il passe ou non par les mains du ministre de la marine.

Il suit de là qu'on n'appliquera pas à ces trois articles le principe de nullité posé par l'art. 1001. Delvincourt enseigne cependant que le testament serait nul pour n'avoir pas été fait en deux originaux. Mais c'est une erreur; car il est évident que la loi ne demande les deux originaux que pour qu'on soit sûr d'en retrouver un : l'ensemble de nos trois articles le prouve assez. Aussi l'idée de Delvincourt est-elle rejetée par les auteurs qui se sont expliqués sur ce point (1). (*Voy.*, sur l'art. 992, M. Delaporte, M. Vazeille et M. Coin-Delisle.)

70. De ce que le ministre de la marine doit envoyer le testament au greffe de la justice de paix, M. Delaporte et M. Vazeille ont conclu que le greffier restera dépositaire de la minute, et que ce sera à lui d'en délivrer expédition authentique; il est évident que cette conséquence ne résulte nullement de son prétendu principe. La loi fait le greffier dépositaire du paquet cacheté que lui expédie le ministre; mais comme elle ne dit pas qui en fera l'ouverture, ni avec quelles formalités elle se fera, ni qui restera dépositaire après cette ouverture, il est clair que ces différents points demeurent soumis au droit commun. Donc, une fois le décès du testateur connu, le testament devra être présenté au président du tribunal civil, qui en dressera le procès-verbal et ordonnera le dépôt chez un notaire (art. 1007 C. Nap., 917 et 918 C. proc.). Si la loi ordonne d'adresser le paquet à la justice de paix plutôt qu'au tribunal civil, c'est sans doute parce que le juge de paix connaîtra bien plus facilement que le président du tribunal le décès du testateur, puisqu'il est là sur les lieux, dans le canton, et que c'est à lui qu'il faut s'adresser pour l'apposition des scellés.

993. — Il sera fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge, du nom du testateur, de la remise qui aura été faite des originaux du testament, soit entre les mains d'un consul, soit au bureau d'un préposé de l'inscription maritime.

71. C'est encore là une formalité évidemment étrangère à la validité

(1) Delaporte (art. 992); Vazeille (*ibid.*); Coin-Delisle (*ibid.*). — Quant à M. Duranton (IX, 164, 165, 166), il reproduit tout simplement le texte de la loi. — Toullier fait encore moins : il se contente, *pour la section tout entière*, de dire que « il n'y a rien à ajouter à cet égard aux dispositions du Code, qui sont suffisamment claires. » (V, 485 *bis.*) — Une note de M. Duvergier est venue, dans l'édition publiée par le savant continuateur de Toullier, suppléer quelque peu à ce silence; mais cette note n'a trait qu'à une seule question que nous examinerons au n° IV de l'art. 999 : elle ne dit rien des controverses dont nous aurons à nous occuper sur l'art. 994, sur l'art. 997, sur l'art. 998, et aux n°s I, II et III de l'art. 999.

du testament, et qui a pour but de procurer des renseignements aux parties intéressées.

994. — Le testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage, si, au temps où il a été fait, le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français; auquel cas, il ne sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes prescrites en France, ou suivant celles usitées dans les pays où il aura été fait.

72. Alors même que le testament serait fait pendant le cours d'un voyage, il ne serait pas réputé fait en mer, si, au moment de sa confection, le bâtiment avait abordé un pays où se trouve un officier français ayant mission pour recevoir les testaments dans les formes ordinaires; parce qu'alors la compétence régulière et générale de ce fonctionnaire français fait cesser la compétence exceptionnelle des officiers du bâtiment. La personne qui veut tester dans ce cas doit donc s'adresser soit 1° au fonctionnaire français, si on est en France, soit, 2° si l'on est en pays étranger, ou à ce fonctionnaire français ou au fonctionnaire du pays, à son choix.

Mais si le pays où l'on se trouve, soit en France, soit à l'étranger, n'a pas de fonctionnaire français, la compétence exceptionnelle des officiers du bâtiment continue; ainsi, quoique l'on soit dans une ville étrangère où se trouvent des fonctionnaires du pays, et que, dès lors, les personnes du bâtiment puissent descendre à terre pour y tester, d'après la règle *locus regit actum* (art. 999), ces personnes n'en auront pas moins le droit de faire à bord un testament maritime; elles auront le choix. Ce n'est pas la présence d'officiers étrangers qui devrait briser les pouvoirs des officiers du bâtiment, mais seulement la présence d'un officier public français. La raison et la dignité nationale le demandaient ainsi; et c'est ce qu'exprime clairement notre article, quand il dit que les officiers du navire perdront leurs pouvoirs « si ce navire aborde *une terre* (soit étrangère, soit de la domination française) *où il y aurait un officier public français.* » Ainsi, la compétence des officiers du navire ne disparaît que devant le notaire d'un pays français ou devant le consul français du pays étranger (*voy.* art. 999).

72 *bis.* Les auteurs, cependant, ont méconnu ce sens, si évident et si rationnel, de notre article. Delvincourt, M. Duranton (IX, 159), M. Vazeille et M. Poujol enseignent que la compétence des officiers du navire cesse par cela seul qu'on aborde un pays étranger, alors même qu'il n'y aurait pas de fonctionnaire français dans ce pays. Pour arriver à ce résultat, les auteurs expliquent les mots *où il y aurait un officier français* comme s'ils étaient seulement en rapport avec l'idée de *terre française,* et sans rapport aucun avec l'idée de *terre étrangère,* et ils font dire à l'article : « Si le navire avait abordé, soit sur une terre étrangère, soit sur une terre française où il y aurait un officier français. » Mais l'article ne dit pas cela; il dit : « *Si le navire avait abordé une*

terre, soit étrangère, soit française, *où il y aurait un officier français.* » Ainsi, le cas *unique* que prévoit l'article, c'est celui de *relâche dans un pays où se trouve un fonctionnaire français,* que le pays soit français ou étranger, peu importe. Et ce n'est pas par hasard que cette rédaction se trouve dans la loi; elle n'est que l'expression d'une doctrine antérieure au Code (*voy.* Valin, art. 1, titre II du liv. 3), et les termes du projet, quoique différents en d'autres parties de l'article, étaient les mêmes ici (Fenet, II, p. 289, art. 90).

Ce qu'il y a de plus étrange, c'est de voir les auteurs, après avoir ainsi dénaturé la disposition de notre article, et imaginé pour les fonctionnaires étrangers, sur les officiers du navire, une préférence qui n'existe pas, s'étonner eux-mêmes de cette prétendue différence et la critiquer! « La loi, dit M. Vazeille, préfère, *on ne sait pourquoi,* les officiers étrangers du pays aux officiers français du bâtiment. » Non, la loi ne préfère point les officiers étrangers aux officiers du bâtiment, elle ne leur préfère que l'*officier public français.*

995. — Les dispositions ci-dessus seront communes aux testaments faits par les simples passagers qui ne feront point partie de l'équipage.

73. L'ordonnance de la marine de 1681, à la différence du Code, n'ayant permis de disposer par testament maritime que des effets que le testateur avait dans le bâtiment, ou *des gages* qui lui étaient dus, quelques commentateurs (combattus par Valin et Furgole) en avaient conclu que ce testament n'était autorisé que pour les gens de l'équipage. Le Code a voulu prévenir cette idée en déclarant que toutes personnes peuvent employer ce testament.

996. — Le testament fait sur mer, en la forme prescrite par l'article 988, ne sera valable qu'autant que le testateur mourra en mer, ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires.

74. Les explications données sur l'art. 984 s'appliquent évidemment à celui-ci. — Ainsi, c'est après trois mois depuis que le testateur *a perdu le droit* de faire un testament maritime, et a pu en faire un dans la forme ordinaire, que ce testament maritime devient nul. Donc, quand même ce testateur serait descendu dans un lieu où il n'y a pas d'officiers publics, son testament maritime n'en serait pas moins nul au bout des trois mois, si ce testateur était en état de tester olographement; dans le cas contraire, les trois mois ne courraient que du jour où il aurait pu s'adresser à un officier public. — Ainsi encore, le testament continuerait de valoir si, avant l'expiration des trois mois, le testateur recommençait un nouveau voyage en mer.

997. — Le testament fait sur mer ne pourra contenir aucune dis-

position au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parents du testateur.

75. D'après M. Duranton (IX, 168) et M. Poujol (n° 5), non-seulement la disposition qui sera faite au profit d'un officier non parent du testateur serait nulle, mais encore elle entraînerait la nullité du testament entier. Nous ne saurions adopter cette doctrine, que repoussent également Maleville, M. Delaporte, M. Vazeille et M. Coin-Delisle. Notre article dit que le testament ne peut contenir de dispositions au profit des officiers, et de là résulte bien la nullité de ces dispositions ; mais la nullité du reste du testament n'en découle pas le moins du monde. Qu'on n'argumente pas, comme M. Duranton, de la nullité prononcée par la loi de ventôse pour le testament public contenant une disposition au profit du notaire qui le reçoit; car non-seulement les nullités ne doivent pas s'étendre par analogie, mais l'analogie n'existe même pas ; ce n'est pas contre l'officier recevant le testament qu'est portée l'incapacité de notre article, c'est contre tous les officiers du navire en tant qu'officiers. La loi de ventôse porte une incapacité contre le notaire instrumentant, parce qu'il n'est pas convenant qu'un acte soit reçu par un fonctionnaire qui se trouve être une des parties intéressées; ici, au contraire, l'incapacité porte sur tous les officiers du navire, en cette seule qualité, et à cause de l'influence qu'ils peuvent exercer sur les personnes qui se trouvent à bord.

Et non-seulement cette incapacité, à la différence de celle de la loi de ventôse, est portée contre tous les officiers au lieu de l'être contre l'officier qui reçoit le testament, mais elle existe quant à tous les testaments faits en mer, et aussi bien pour ceux qui ne seraient pas reçus par les officiers que pour les autres. Ainsi, même dans un testament olographe, le testateur ne pourrait faire aucune disposition au profit des officiers. Le rapprochement de nos deux art. 996 et 997 le prouve assez : dans le premier, on restreint à un certain délai la validité du testament fait sur mer *en la forme de l'art.* 988 ; tandis que, dans le second, on proclame la prohibition des libéralités dont il s'agit dans tout testament fait sur mer. En effet, ne serait-il pas aussi facile aux officiers de se faire faire un testament olographe que de s'en faire dicter un autre? Au reste, notre article ne fait que reproduire, en tout ceci, les dispositions de l'ordonnance de 1681, dont l'art. 3 déclarait nulles toutes dispositions faites, même par un testament olographe, au profit des officiers, mais sans étendre la nullité au reste du testament (*voy.* Valin).

76. L'officier devient capable de recevoir du testateur, quand il est son parent. M. Duranton (n° 167) et M. Coin-Delisle (n° 4) disent que, pour produire cet effet, la parenté doit être au douzième degré ou en deçà, attendu qu'au delà de ce douzième degré la loi ne reconnaît plus la parenté. La vérité de cette doctrine est évidente, et nous ne comprenons pas que M. Vazeille ait pu la trouver arbitraire. Car, enfin, si vous admettez les parents du treizième et du quatorzième degré, il

faudra admettre aussi ceux du quinzième et du seizième, puis ceux du vingtième, ceux du trentième, sans pouvoir vous arrêter *nulle part!* C'est-à-dire que vous devez admettre *tout le monde* et supprimer la prohibition, car du moment que vous enlevez la limitation des degrés, vous ne trouverez pas, dans tout l'univers, deux hommes qui ne soient parents : *tous* les hommes sont cousins; car *tous* descendent d'un même auteur... Donc, quand on veut distinguer des personnes que l'on appellera parents, et d'autres qui ne le seront pas, il faut, *et de toute nécessité,* fixer, expressément ou tacitement, une limitation de degré, en deçà et au delà de laquelle la parenté existera ou n'existera plus. Notre article suppose donc une limitation ; et s'il en suppose une, c'est nécessairement celle de la loi, celle du douzième degré. Et remarquez que cette supputation légale (qu'il faudrait bien encore accepter, alors qu'elle serait trop étroite, et par cela seul qu'elle est celle de la loi) est suffisamment large; car, dans le monde, on cesse ordinairement de se regarder comme parents au neuvième ou dixième degré.

998. — Les testaments compris dans les articles ci-dessus de la présente section, seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus.

Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

Dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le testament sera signé au moins par l'un d'eux, et il sera fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé.

SOMMAIRE.

I. Règles sur la signature des testaments privilégiés.
II. Ces règles et celles que tracent les autres articles de cette section sont les seules qu'on doive appliquer aux testaments exceptionnels : dissentiment avec M. Coin-Delisle.
III. Les notaires peuvent aussi recevoir les testaments dans la forme privilégiée.

I. — 77. Après avoir posé, dans les huit articles précédents, des règles qui ne concernent plus les formes proprement dites du testament, et dont les dispositions, dès lors, ne tombent pas sous le coup de l'article 1001, le Code revient à ces formes dans notre article, et trace une règle commune aux trois testaments privilégiés. Ces testaments doivent être signés : 1° par le testateur, à moins qu'il n'en soit empêché; 2° par l'un au moins des deux témoins requis ; 3° enfin, par celui ou ceux par qui le testament est reçu.

Quand le testateur ne signe pas, c'est lui-même qui doit déclarer son empêchement de signer; et il doit être fait mention de sa déclaration, comme aussi de la cause de l'empêchement : ainsi l'officier rédacteur ne doit pas énoncer de lui-même l'empêchement, il doit l'exprimer comme déclaré par le testateur. Quand l'un des témoins ne signe pas,

l'empêchement et la cause de cet empêchement doivent encore être exprimés ; mais il suffit que le rédacteur les énonce de lui-même sans mentionner une déclaration du témoin.

II. — 78. Les règles tracées par cet article, et celles que nous avons déjà rencontrées dans cette section II, sont-elles les seules qu'il faille appliquer aux testaments exceptionnels, ou bien ces testaments sont-ils soumis aussi à quelques-unes des règles de la première section ?

M. Coin-Delisle (*Observat. prélimin. sur la section*) veut qu'on applique à notre section tous ceux des articles de la section précédente dont les dispositions ne se trouvent pas inconciliables avec celles que nous rencontrons ici. Ainsi, l'art. 969, qui admet trois espèces de testament (olographe, public et mystique) ; l'art. 975, qui défend de prendre pour témoins les légataires et leurs parents ou alliés au quatrième degré ; l'art. 980, qui exige que les témoins soient mâles, Français, etc., gouvernent aussi bien notre section, suivant M. Coin-Delisle, que celle dans laquelle ils sont écrits. Mais nous ne partageons pas cette opinion ; nous pensons que notre section se suffit à elle-même, et qu'elle n'a pas à se compléter par des règles de la section précédente (1). Voici les considérations qui nous déterminent :

79. 1° Le Code, en commençant notre section, s'est bien gardé de dire (comme il l'a fait en commençant le chap. V du titre *Des Actes de l'état civil,* pour les actes relatifs aux militaires hors du territoire) que l'on suivrait les règles précédentes sauf les exceptions qui allaient suivre ; il présente au contraire ces nouvelles règles, sans aucune observation, comme indépendantes des premières, et formant par elles seules un système complet.

2° Si le législateur avait entendu appliquer aux testaments privilégiés celles des dispositions précédentes auxquelles notre section n'apporterait pas de dérogation ; si sa pensée avait été que la section II se compléterait par la section I, il est clair qu'aucun article de la première section n'aurait dû se trouver identiquement reproduit dans la seconde ; si toute règle écrite dans la première section avait été de plein droit applicable à la seconde à moins de contradiction dans celle-ci, il est clair qu'on n'aurait jamais à réitérer ici une prescription déjà écrite plus haut. Or, l'art. 973, qui veut que le testateur signe ou que, s'il déclare ne savoir ou ne pouvoir, il soit fait mention de sa déclaration et de la cause de l'empêchement, est reproduit mot pour mot dans le 2e alinéa de notre article. N'est-il pas évident, par cela seul, que le législateur entendait que notre section n'avait rien à prendre dans la précédente, et qu'on ne devrait consulter qu'elle pour les cas dont elle s'occupe ?

3° D'après M. Coin-Delisle, l'art. 969, qui établit trois formes de testament (olographe, public et mystique), gouvernerait aussi bien les testaments exceptionnels que les testaments ordinaires. « Et d'abord,

---

(1) *Conf.* Grenier (n° 278) ; Duranton (IX, 150) ; Dalloz (ch. 6, sect. 6) ; Poujol (art. 981, n° 2).

pas de difficulté, dit notre savant confrère, pour le testament olographe : son extrême simplicité permet à toute personne de tester dans cette forme en tout temps, en tout lieu... » Mais ne serait-ce pas prendre le change que d'accepter un pareil argument? Sans doute, le testament olographe est permis en mer et à l'armée comme partout ailleurs; mais il l'est comme testament ordinaire, nullement comme testament militaire ou maritime; il l'est d'après le droit commun, sous les prescriptions du droit commun, nullement comme testament exceptionnel privilégié : la personne qui, en mer, à l'armée, ou dans un pays dont les communications sont interceptées par une contagion, fait un testament olographe, ne jouit d'aucun privilége. En un mot, il n'y a pas de testament olographe privilégié; il n'y a que le testament olographe ordinaire. Donc la règle qui établit le testament olographe ne gouverne pas les deux matières des testaments ordinaires et des testaments privilégiés.— Et quant au testament mystique, n'est-ce pas arbitrairement qu'on le prétendrait permis dans les circonstances exceptionnelles de notre section, alors que le Code n'en dit pas un mot? La loi, à tort ou à raison, regarde la réception du testament mystique comme chose plus grave que la réception du testament public : la preuve, c'est qu'elle se contente, pour celui-ci, de quatre témoins, ou même de deux, s'il y a deux notaires (art. 971), tandis que, pour le testament mystique, elle exige *six témoins au moins* (art. 976). Mais s'il en est ainsi, on ne peut donc pas conclure du droit de recevoir le testament public, le droit de recevoir aussi le testament mystique. D'ailleurs, si le législateur avait entendu permettre le testament mystique dans les cas prévus par notre section, il n'aurait pas manqué d'adoucir pour ces circonstances difficiles les conditions si rigoureuses des art. 976 et 977. Ainsi, par exemple, au lieu de six témoins, qu'il serait souvent si difficile de se procurer, pour ne pas dire impossible, il se serait contenté de la moitié, comme il fait pour le testament public; son silence prouve donc, sous ce point de vue encore, que la loi ne veut pas plus de testament mystique exceptionnel que de testament olographe exceptionnel. Il est vrai que tout ceci n'est pas embarrassant pour M. Coin-Delisle, qui énonce comme proposition qui n'a pas même besoin de preuves que : « Quant au testament mystique reçu à l'armée, en mer ou en temps de peste, il *est évident* qu'on en peut *bannir toutes les formalités* prescrites par les art. 976 et 977. » (N° 13.) A la bonne heure, cette doctrine est aussi simple que commode; mais l'arbitraire y est aussi trop peu dissimulé.

4° Enfin, il est vrai que les rubriques de nos deux sections ne sont pas parfaitement exactes; que la division de notre matière n'est pas logique en tout; que les deux premiers articles de la première section (967 et 968) s'appliquent aussi à la seconde, comme le dernier article de la seconde (1001) s'applique aussi à la première : tout ceci est incontestable, et c'est là ce qui pourrait faire naître des doutes. Mais il nous semble qu'un examen sérieux doit dissiper ces doutes, et faire saisir une suite rationnelle d'idées dans cet ensemble où tout paraît d'abord jeté pêle-mêle. En regardant de plus près, nous verrons que le

fond est ici plus logique que la forme; et que si la méthode manque dans l'expression, elle existe dans la pensée.

Les deux rubriques, en parlant de *règles générales* et de *règles particulières,* ne disent pas précisément ce qu'on a voulu dire : ce n'est pas tant sur l'idée de *règles* que sur l'idée de testaments que retombe la distinction de généralité et de particularité ; il s'agit des règles des *testaments généraux* ou *ordinaires,* et des règles de *testaments particuliers* ou *exceptionnels.* Testaments ordinaires et de droit commun, testaments exceptionnels et privilégiés, voilà le double objet de nos sections. Maintenant, il est vrai que la première section, quoique ne prenant pour objet que les testaments ordinaires, commence par poser deux règles qui s'appliquent également aux testaments exceptionnels, et que la seconde, qui devrait être consacrée en entier à ces testaments exceptionnels, comprend une disposition finale qui se réfère également aux testaments ordinaires ; mais cette irrégularité se comprend et s'explique, d'abord, par le peu d'étendue comparative des dispositions qui se trouvent mal placées dans chaque section, puis et surtout par la place qu'elles y occupent. Ces dispositions, d'abord, ne formant que trois articles sur trente-cinq dans la première section, et un sur vingt et un dans la seconde, on conçoit que les rédacteurs aient écrit leurs rubriques sans en tenir compte. On le conçoit surtout, quand on remarque que deux de ces articles se trouvent *en tête* de la section *première*, et le troisième *à la fin* de la *dernière* section ; de telle sorte que tout l'ensemble forme vraiment comme un discours complet, que l'on voit d'abord commencé par des idées générales (art. 967 et 968), divisé ensuite en deux grandes parties qui en font le corps (art. 969-980, art. 981-1000), puis terminé par une nouvelle idée générale qui sanctionne toute la matière (art. 1001).

Au contraire, la marche de notre première section deviendrait inexplicable dans le système de M. Coin-Delisle : la loi tracerait des règles communes à tous les testaments dans les art. 967, 968, 969 et 970 ; s'occuperait ensuite des testaments ordinaires dans les art. 971 et 972; elle reviendrait aux règles communes dans l'art. 973, retournerait aux règles spéciales dans l'art. 974, reviendrait de nouveau aux règles communes dans l'art. 975, reprendrait encore les règles spéciales dans les art. 976-979, pour retomber enfin sur une règle commune dans l'art. 980!... Ce perpétuel va-et-vient, ce pêle-mêle des articles généraux avec les articles spéciaux, est évidemment inadmissible.

80. Il nous paraît donc certain qu'aucune des règles portées par les art. 969-980 ne peut être invoquée quant aux testaments exceptionnels, et qu'on ne peut, pour eux, rien exiger ni rien permettre que ce qui est écrit dans notre section. — Ainsi, le testament mystique, de même que le testament olographe, ne pourra jamais être fait que d'après les règles ordinaires; il n'y aura pas d'autre testament exceptionnel que le testament public (art. 969, 970, et 976 à 979). Ce testament public n'aura pas besoin d'être *dicté* par le testateur, et pourra être rédigé sur un projet écrit que remettrait ce testateur, soit même

sur les simples signes par lesquels il manifesterait sa volonté, soit sur les réponses qu'il ferait aux interrogations du rédacteur; il n'aura pas besoin d'être écrit de la main de celui qui a mission de le recevoir, et pourra l'être par un tiers sous la surveillance de celui-ci; il ne sera pas nécessaire d'en donner lecture au testateur et aux témoins (art. 971 et 972); enfin, on y pourra prendre pour témoins des étrangers, des femmes, et même des personnes au profit desquelles seraient faites des dispositions (art. 975 et 980). — Mais, si incontestable que nous paraisse cette doctrine, on comprend que, dans la pratique, il sera toujours prudent, pour éviter des difficultés, d'accomplir toutes les formalités que nous disons n'être pas exigées par la loi.

III. — 81. Il nous paraît évident, au surplus, que le droit conféré par notre section aux officiers militaires, juges de paix et officiers municipaux, appartient aussi, et à plus forte raison, aux notaires auxquels on s'adresserait dans les mêmes circonstances. Ainsi, supposons qu'il y ait une résidence de notaire dans une ville française où une garnison se trouve assiégée, ou dans un pays dont les communications sont interceptées par suite d'une contagion, il est clair que le notaire résidant pourra recevoir les testaments d'après les règles de notre section, et sans être tenu de suivre celles de la section précédente; il pourra instrumenter avec deux témoins au lieu de quatre, faire écrire par un clerc au lieu d'écrire lui-même, se contenter de signes ou de réponses faites à ses interrogations au lieu d'être obligé d'écrire sous la dictée du testateur, etc. Si, en effet, des circonstances particulières ont dû faire permettre à un maire, à un chef de bataillon, etc., de recevoir, avec de faciles formalités, un acte que hors de là ils ne pourraient recevoir en aucune manière, comment le notaire, dans le même cas, ne pourrait-il pas recevoir cet acte avec les mêmes formalités, lui qui a mission générale de le recevoir en toute rencontre?... Il ne faudrait pas argumenter du silence de notre section quant au notaire; c'est précisément parce que la compétence du notaire allait de soi et résultait des principes généraux qu'on n'a pas eu besoin de s'en expliquer. Notre section, pour faciliter les testaments dans les circonstances gênantes qu'elle prévoit, apporte deux modifications aux règles ordinaires : 1° elle diminue la sévérité des formes, et 2° elle attribue la compétence à des personnes qui ne l'ont pas ailleurs. Or, si un testateur peut alors user tout à la fois de ces deux bénéfices, il est clair qu'il peut aussi, et à plus forte raison, n'user que de l'un d'eux.

82. Au reste, si le notaire n'est plus tenu alors de suivre les règles de la section Ire, il est toujours tenu, au contraire, de suivre celles des règles de la loi de ventôse qui sont applicables aux testaments. Du moment qu'un acte est reçu par un notaire, dans quelques circonstances que ce soit, il est évident qu'il se trouve soumis aux règles générales des actes notariés.

999. — Un Français qui se trouvera en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée,

ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé.

SOMMAIRE.

I. La faculté de tester olographement est aujourd'hui sans rapport avec la maxime *locus regit actum* : dissentiment avec M. Coin-Delisle.

II. Cette faculté constitue une règle de capacité personnelle : dissentiment avec M. Duranton.

III. En outre du testament olographe, le Français peut, à l'étranger, tester dans les formes autorisées dans le pays, qu'elles soient authentiques ou non. — Mais il ne pourrait pas faire un testament conjonctif : dissentiment avec M. Coin-Delisle.

IV. Le Français peut encore, à l'étranger, faire dresser son testament en la forme française par le chancelier du consulat : dissentiment avec MM. Duranton, Vazeille, Duvergier, etc.

I. — 83. Nous avons vu sous l'art. 3 (n° VII) que les lois qui régissent la forme des actes, quoiqu'elles soient, d'après les circonstances, réelles ou personnelles, selon que l'acte pour lequel on les applique est relatif à la propriété des biens ou à l'état des personnes, forment cependant une classe à part, soumise à une règle spéciale, règle d'après laquelle c'est uniquement la loi du pays où l'acte se fait qui doit en régir la forme, *locus regit actum*.

D'après ce principe, un Français ne pourrait tester valablement en la forme olographe que sur le territoire français ou dans un pays dont la loi admettrait également cette forme de tester. C'est ce qui a eu lieu jusqu'à la publication du Code. Bouhier (*Bourgogne,* ch. 28), Boullenois (*Stat. réels et pers.,* titre II, part. 2, ch. 3) et Ricard lui-même (*Don mutuel,* n° 307), après avoir d'abord enseigné le contraire, prétendaient bien que la règle *locus regit actum* ne devait s'appliquer qu'aux actes publics et n'était d'aucun effet pour l'acte privé; mais cette distinction était évidemment arbitraire alors qu'aucun texte légal ne l'établissait. Aussi était-il généralement admis, et par les meilleurs auteurs, et par une jurisprudence constante, que la validité ou la nullité du testament olographe dépendait uniquement du point de savoir s'il était permis ou défendu, non pas dans le pays auquel appartenait le testateur, mais dans le pays où l'acte avait été écrit (1).

Mais cet ancien principe a été renversé par le Code, et notre article, consacrant l'idée de Bouhier, Boullenois et Ricard, restreint l'effet de la règle *locus regit actum* au testament public. Celui-ci reste toujours soumis aux lois du pays où il est passé; mais le testament olographe est permis au Français en quelque lieu qu'il aille. C'est là désormais une question de capacité personnelle : le *droit* de tester olographement est attribué à toute *personne* française; et ce droit personnel, conformément à l'art. 3, suivra les personnes même en pays étranger.

(1) Furgole (*Testam.*, ch. 2, sect. 2); Pothier (*Donat. testam.*, ch. 1, art. 2, § 1); Merlin (*Rép.*, v° Testam., sect. 2, § 4); Ordonn. de 1735 (art. 29, 32, 35, 37); arrêts du Parlement de Paris des 10 mars 1620, 15 janv. 1721, 14 juill. 1724, 15 juill. 1777; acte de notoriété du Châtelet (13 sept. 1702); arrêts de la Cour de cass., des 15 pluviôse an 2, 28 prairial an 13, 20 août 1806.

Nous ne comprenons guère comment M. Coin-Delisle (n°s 3, 4, 5 et 6) a pu nier ce résultat; et si M. Duranton (IX, 14), qu'il combat victorieusement, a eu tort de prétendre que ce résultat existait dès avant le Code et de critiquer le dernier des arrêts cités en note (et qui était loin d'être une décision isolée, comme on pourrait le croire en lisant le savant professeur), M. Coin-Delisle a tort, à son tour, de présenter ces mêmes arrêts comme devant faire encore autorité. Nous ne sommes plus sous l'ordonnance de 1735, nous sommes sous le Code Napoléon : et puisque notre article, en disant d'une part que l'on pourra toujours tester d'après les formes usitées dans le pays où l'on se trouvera, déclare que le droit de tester olographement s'attachera aux personnes françaises pour les suivre *en tout lieu,* il est évident qu'on ne peut plus parler, pour le testament olographe, de la règle LOCUS *regit actum,* et que ce n'est plus *la loi du lieu* où l'on a testé olographement, mais la *qualité de la personne* qui a testé ainsi, qu'il faut considérer (1).

II. — 84. Puisque la disposition qui permet les testaments olographes est aujourd'hui une règle de capacité personnelle, il s'ensuit que l'étranger appartenant à un pays dont la loi n'autorise pas cette forme de testament ne pourrait pas l'employer valablement, quoiqu'il résidât en France et qu'il s'agît de biens français : les lois réglant la capacité ne s'appliquent qu'aux personnes françaises. Cet étranger ne peut pas invoquer ici la loi de son pays, puisque cette loi, dans notre hypothèse, ne permet pas le testament olographe; et il ne peut pas invoquer davantage la règle *locus regit actum,* puisqu'il s'agit d'un cas où la forme de l'acte n'est plus dépendante du lieu.

M. Duranton (IX, 15) (2) n'admet pas cette décision, parce que, tout en disant comme nous que la forme olographe est complétement soustraite à la règle *locus regit actum,* il voit dans la faculté de tester olographement, non pas une règle de capacité personnelle, mais une règle de transmission des biens, un statut réel, applicable dès lors à tous les biens de France (art. 3). Nous n'adoptons pas cette idée. Les lois qui déterminent si et dans quelles limites on peut disposer de ses biens sont assurément des statuts réels; et telle est la loi du 14 juillet 1819, qui admet les étrangers à succéder, disposer et recevoir en France, comme les Français eux-mêmes. Mais la loi qui dispense les personnes de recourir aux officiers publics pour dresser l'acte solennel de disposition, et qui les fait elles-mêmes ministres de cet acte, nous paraît, comme à Grenier, Delvincourt et M. Demante, organiser une prérogative inhérente à la personne, une capacité personnelle.

En vain M. Duranton insiste sur ce que la loi de 1819 permet aux étrangers de disposer *de la même manière* que les Français. Il s'agit là de l'étendue du droit de dispositions, et non des prérogatives avec les-

---

(1) Delvincourt, Maleville, Grenier (n° 280); Duranton (*loc. cit.*); Demante (II, 368); Vazeille (n° 1).
(2) Adde : *Dict. not.* (v° Testament, n° 620).

quelles il peut être exercé. Ce qui le prouve, c'est que les mots *de la même manière* ne se réfèrent pas seulement à *disposer,* mais aussi à *recevoir* et *succéder;* or, n'est-il pas clair que « succéder de la même manière » signifie tout simplement « succéder dans les mêmes limites, avec des droits aussi étendus, et d'après les mêmes règles de fond?... » En définitive, si le droit de tester olographement n'était pas considéré par le Code comme une faculté toute personnelle, comme un privilége inhérent à la personne, comment ce droit suivrait-il le Français en tout pays! Ce changement aux anciens principes est précisément ce qui constitue et démontre la personnalité du droit.

85. Il suit de ce même principe que le testament olographe d'un Français sera au contraire toujours valable, en quelque pays qu'il ait été fait et en quelque lieu que les biens soient situés. Ainsi, quoique ce testament olographe soit fait et les biens situés dans un pays dont la loi ne consacre pas cette forme, le testament n'en sera pas moins efficace, pourvu seulement que la loi étrangère reconnaisse au Français le droit général de tester. En effet, le droit de disposer de ses biens, de les transmettre par testament, étant un statut réel, c'est la loi du pays où se trouvent les biens qu'il faut consulter, pour savoir si le Français a pu le faire, et dans quelles limites il a pu le faire; en sorte qu'il y aurait nullité, soit totale, soit partielle, du testament, si la loi étrangère déclarait les biens indisponibles en tout ou partie pour le Français. Mais du moment que le droit de tester est reconnu par la loi étrangère, et dans les limites où il est reconnu, le statut réel est sauf; et comme le point de savoir si le Français, qui pouvait tester, a pu tester olographement ne touche plus qu'à un statut personnel, et doit dès lors se décider d'après la loi française, il est clair qu'il doit se décider affirmativement, puisque cette loi française permet à ses sujets de tester olographement en tout pays. — Dans le système de M. Duranton, au contraire, le droit de tester olographement étant un statut réel aussi bien que le droit général de tester, et devant dès lors s'apprécier d'après la loi du pays où sont les biens, il est clair que, pour des biens situés dans un pays qui n'admet pas cette forme, le testament olographe serait toujours nul, alors même que le Français l'aurait fait en France.

86. Au reste, quand nous disons (en rejetant le principe de M. Duranton, pour suivre celui de Grenier, Delvincourt et M. Demante) que le testament olographe du Français, en quelque pays qu'il soit fait, est valable même pour les biens situés dans un pays dont la loi n'admet pas cette forme, on doit comprendre que nous ne parlons que du point de vue de la loi française, la seule que nous ayons à interpréter ici. Mais il se pourrait fort bien que, du point de vue de la loi étrangère, il en fût autrement, et qu'il y eût conflit et contradiction entre les deux législations. Si, par exemple, la loi étrangère, non contente de ne pas compter la forme olographe au nombre de ses modes de tester, allait jusqu'à dire (soit en termes exprès, soit par son esprit) qu'elle ne reconnaîtra jamais aux règles relatives à la forme des testa-

ments le caractère des lois personnelles; que ces règles, à quelque pays qu'elles appartiennent, seront toujours pour elle des statuts réels; que dès lors elle ne validera, quant aux biens qui se trouvent sous son empire, que les testaments faits dans l'une des formes qu'elle autorise, ou dans l'une des formes du pays où le testateur a disposé (d'après la règle *locus regit actum*), alors le testament olographe fait par le Français dans ce pays, pour les biens de ce pays, serait nul aux yeux de la loi du pays, en même temps que valable aux yeux de la loi française; et ce conflit des deux législations, qui, en cas d'opiniâtreté réciproque, se terminerait tout naturellement dans le sens de l'autorité sous la main de laquelle les biens se trouvent, ce conflit, disons-nous, ne pourrait être évité que par l'effet d'un traité entre les deux puissances.

III. — 87. En dérogeant à la règle *locus regit actum* pour le testament olographe, notre article n'en reconnaît pas moins l'effet de cette règle; sa disposition finale déclare valable en France tout testament fait par un Français en pays étranger dans les formes usitées dans ce pays. Tout Français peut donc, en pays étranger, ou tester olographement (s'il sait écrire), ou le faire dans l'une des formes autorisées par la loi locale, quelles que soient ces formes.

Nous disons quelles que soient ces formes. Il ne faudrait pas croire, en effet, que notre article ait employé à dessein l'expression de *testament authentique*, et que l'authenticité de l'acte fût indispensable. Pourvu qu'on ait suivi les formes du pays, authentiques ou non, le testament est valable. La seconde partie de notre article a seulement voulu dire que le testament pourrait se faire d'après la règle *locus regit actum*. On sait, en effet, que dans le projet du titre préliminaire il existait un article déclarant que « la forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont passés », et que cet article a été supprimé comme exprimant une maxime qu'il était inutile d'écrire dans le Code, attendu qu'elle n'a jamais été contestée (Fenet, t. VI, p. 66). Mais s'il en est ainsi, il n'y a donc pas à considérer si les formes qu'on a employées sont ou non authentiques; il suffit qu'elles soient autorisées dans le pays où l'on se trouvait. Que deviendrait sans cela le Français ne sachant pas écrire, et demeurant dans un pays dont la loi ne connaît pas de testament authentique? Il serait donc dans l'impossibilité de tester! Si le législateur a parlé ici de testament authentique, c'est tout simplement par opposition au testament olographe. Il a voulu dire : le Français, à l'étranger, pourra toujours tester olographement, et il pourra y faire un testament non olographe dans les formes du pays. » Il a pris le mot *authentique,* parce qu'il s'est présenté tout naturellement à son esprit; attendu que chez nous tout testament qui n'est pas olographe est authentique (1).

---

(1) Rej., 30 nov. 1831; Rouen, 21 juill. 1840; Rej., 6 fév. 1843 (Dev., 32, I, 52; 40, II, 515; 40, I, 209). — Ces testaments, au surplus, ne pourraient pas plus que le testament olographe contenir une reconnaissance d'enfant naturel (art. 334, 1317). — Pour qu'un testament fait en pays étranger par un Français soit réputé fait par

88. Mais l'application de la règle *locus regit actum* a-t-elle pour conséquence de permettre à ces Français, malgré l'art. 968, de faire un testament conjonctif, quand ils sont dans un pays où ce testament est autorisé? M. Coin-Delisle (art. 968, n° 5) répond affirmativement. Et, en effet, cette disposition de l'art. 968 n'étant présentée par le Code que comme règle de forme, et les règles de notre section dérogeant à celles de la section précédente, il semble dès lors qu'on doit décider ainsi.

Nous n'adoptons cependant pas cette idée, si spécieuse qu'elle soit. Et d'abord, le grave inconvénient qui a fait proscrire le testament conjonctif existerait tout aussi bien pour l'acte fait en pays étranger que pour celui qui est fait en France; et on ne peut pas supposer que le législateur ait entendu permettre à des Français de violer sa disposition au moyen d'un simple voyage en pays étranger?... Il est donc conforme, d'abord, à la pensée intime de la loi de déclarer nul le testament conjonctif, en quelque lieu qu'il soit fait. Et maintenant, la théorie de nos deux sections s'oppose-t-elle à cette nullité? Nous ne le croyons pas. Les deux art. 967 et 968 ne sont pas de ceux auxquels les règles de notre seconde section font exception; ces deux articles, ainsi qu'on l'a vu plus haut, forment comme une préface s'appliquant à la section II aussi bien qu'à la section I, et ils conservent leur valeur pour les quatre cas de testaments privilégiés comme pour les trois modes de testaments ordinaires. En vain on invoque ici la maxime *locus regit actum;* c'est, selon nous, lui donner une étendue qu'elle n'a pas, qu'elle ne peut pas avoir, et que la nature même des choses lui refuse. Quand, pour l'utilité générale, les divers législateurs admettent d'un commun accord qu'on pourra toujours suivre la loi locale pour les *formes* des actes, donnent-ils à ce mot un sens aussi large que celui qu'on suppose ici? Pour les formes proprement dites, quand il s'agit de savoir s'il faut recourir à un fonctionnaire, quel est ce fonctionnaire, comment il devra procéder, s'il faut des témoins, combien il en faut, etc., etc., il est bien clair qu'on ne va pas transporter les règles d'un pays dans un autre pays; faire dresser un acte en Russie d'après le système français ou espagnol, et qu'en tout pays on devrait vous permettre de suivre la loi locale; mais quand il s'agit d'une forme improprement dite et qui est bien plutôt une défense personnelle faite au Français, ce Français pourra-t-il la violer impunément parce que la faculté contraire existe dans le pays où il se trouve? Parce que la loi russe permet à plusieurs de tester conjointement, y a-t-il pour cela moins de facilité en Russie qu'en France de tester seul à seul?... Toute règle, soit permissive, soit prohibitive, sur le testament conjonctif, est

---

acte authentique, dans le sens de l'art. 999, le concours d'un officier public n'est pas indispensable; il suffit d'avoir observé les formes exigées dans le pays pour tester solennellement. Peu importe que dans ce pays il existe des officiers publics devant lesquels il puisse être fait des testaments. Cass., 28 fév. 1854, 3 juill. 1854 (Dev., 54, I, 417 et 544; Dall., 54, I, 126 et 313; *J. Pal.*, 54, II, 171 et 524). *Voy.* aussi *Dict. not.* (v° Testament, n° 617).

nécessairement, alors même qu'elle est présentée comme règle de forme, une défense ou une permission tombant directement sur la personne, et qui ne doit pas rentrer dès lors sous l'application de la maxime *locus regit actum* (1).

IV. — 89. En outre du testament olographe que les Français peuvent faire partout, et de celui qu'ils peuvent faire encore dans les formes autorisées par la loi du pays où ils se trouvent, les Français ne peuvent-ils pas aussi, en pays étranger, faire dresser leur testament, d'après les formes françaises, à la chancellerie du consulat? On sait qu'à chaque consul est adjoint un officier qui, sous le nom de *chancelier*, remplit auprès de ce magistrat les fonctions de greffier, de secrétaire, quelquefois d'huissier, et aussi celles de notaire, pour les Français qui s'adressent à lui; or, cet officier, par cela seul qu'il est notaire français dans le pays étranger, ne peut-il pas recevoir les testaments des Français, en se conformant aux prescriptions imposées à tous les notaires?... Grenier (n° 280), M. Duranton (IX, 160), M. Poujol (n° 4), M. Vazeille (art. 994, n° 2) et M. Duvergier (sur Toull., V, 485 *bis*) répondent négativement; mais nous ne saurions admettre leur opinion (2).

On dit d'abord que l'ordonnance de la marine (1681), qui reconnaissait formellement aux chanceliers de consulat le droit de recevoir les testaments, a été abrogée par le Code, comme les autres lois relatives aux testaments, comme toutes les matières dont le Code s'occupe. — C'est incontestable (quoiqu'un arrêt de Paris, du 27 août 1825, ait jugé le contraire) : le Code s'étant occupé du testament maritime (art. 988-998), il est clair que l'ordonnance de 1681, relative à ce même objet, tombe sous le coup de l'art. 7 de la loi du 21 mars 1804, qui déclare « que les ordonnances, coutumes, règlements, etc., ont cessé d'avoir force de loi *dans les matières qui sont l'objet des lois composant le Code.* » L'ordonnance de 1681 est donc abrogée; mais il ne s'ensuit pas que les chanceliers n'aient plus le droit de recevoir les testaments. Ces chanceliers, en effet, tirent leurs pouvoirs d'autres lois, notamment de l'ordonnance du 3 mars 1781; et comme ces lois organisent des règles *de droit public*, qu'elles sont dès lors relatives à des matières dont le Code ne s'occupe pas, et ne tombent plus sous l'abrogation de la loi du 21 mars, il s'ensuit bien que ces chanceliers, par cela seul qu'ils sont toujours revêtus de leurs fonctions de notaires, peuvent toujours recevoir les testaments, pourvu qu'ils suivent, non pas les règles que pourrait contenir l'ordonnance de la marine, mais celles du Code et celles de la loi organique du Notariat.

On tire ensuite de l'art. 48 un argument qui n'est pas plus concluant. Puisque cet article, dit-on, a bien pris le soin de dire que les Français pourraient faire dresser aux consulats leurs actes d'état civil,

---

(1) *Contrà :* Toulouse, 11 mai 1850; Caen, 22 mai 1850 (Dev., 50, II, 529 et 566; Dall., 52, II, 64 et 179); Aubry et Rau (V, § 667, p. 495); Demolombe (IV, n° 20).
(2) Conf. *Dict. not.* (v° Testament, n° 621).

il aurait dit aussi qu'ils y pourraient faire dresser leurs testaments, si telle avait été la pensée du législateur. — La réponse est facile. Le droit de recevoir les actes d'état civil appartenant, dans l'ancien droit, non à des notaires ou autres officiers civils, mais au clergé, les agents diplomatiques français, à l'étranger, n'avaient donc jamais été revêtus de ce droit; s'ils l'avaient exercé depuis 1792, c'était par une règle de simple analogie, et il était nécessaire dès lors de proclamer formellement ce droit, qui jusqu'alors n'était écrit nulle part. Il n'en était plus ainsi pour les testaments, que les chanceliers de consulat avaient toujours reçus. Quant à un dernier argument que l'on voudrait tirer de l'art. 994, il repose sur une fausse interprétation que nous avons combattue en expliquant cet article.

Il nous paraît donc que les chanceliers de consulat peuvent toujours recevoir les testaments des Français (1).

1000. — Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France, qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

90. Il est bien clair que ce n'est pas là une des formalités *intrinsèques* du testament, une des formes nécessaires à sa validité; puisque cette prescription n'est exigée que pour le testament déjà terminé. C'est une condition extrinsèque, nécessaire à remplir, il est vrai, pour obtenir l'exécution, mais que l'on est toujours à même de réaliser, puisque la loi ne fixe pas de délai fatal (2).

1001. — Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être observées à peine de nullité.

91. On sait que cet article n'entend par parler de toutes les formalités relatives aux testaments, mais seulement de celles qui sont vraiment des formes constitutives du testament; en sorte que la nullité qui se trouve prononcée ici ne porte pas sur les art. 990 à 993 et 1000.

---

(1) Merlin (*Rép.*, v° Testament, sect. 2, art. 3 et 8); Delvincourt, Delaporte (art. 994); Dalloz (ch. 6, sect. ,6 n° 4); Coin-Delisle (n°° 8-15).

(2) Quoiqu'un testament fait en pays étranger n'ait été enregistré en France que plus de trente ans après le décès du testateur, et que durant ce laps de temps le légataire universel n'ait formé aucune demande d'envoi en possession, s'il y a eu de sa part et avant l'expiration des trente ans une prise de possession sans opposition de l'héritier légitime, cette prise de possession régularise la situation du légataire universel, et aucune prescription ne peut lui être opposée à raison du temps écoulé avant toute demande. Cass., 25 mai 1864 (Dev., 64, I, 333; Dall., 64, I, 391; *J. Pal.*, 64, 946).

Cette idée, au surplus, a été développée dans le cours de cette section II.

Nous verrons, sous les art. 1339 et 1340, si l'approbation ou l'exécution volontaire d'un testament, par l'héritier *ab intestat,* formerait pour lui une fin de non-recevoir contre les nullités de forme de ce testament.

SECTION III.

DES INSTITUTIONS D'HÉRITIER, ET DES LEGS EN GÉNÉRAL.

1002. — Les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier.

Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel, et pour les legs particuliers.

92. On sait qu'il y a une profonde différence entre l'*héritier* proprement dit et le simple *légataire;* — que l'héritier est successeur à la personne même du défunt, tandis que le légataire ne succède qu'à ses biens; — que la loi romaine, suivie autrefois dans nos provinces de droit écrit, reconnaissait des héritiers *ab intestat* et aussi des héritiers testamentaires, tandis que notre droit français, la règle de nos coutumes nationales, n'a jamais admis que des héritiers *ab intestat,* et ne permettait de faire par testament que des légataires; — enfin, que le Code, tout en laissant une entière latitude quant à l'emploi des termes, a suivi pour le fond la règle de notre droit national, en proscrivant comme lui les héritiers testamentaires.

On en a la preuve dans notre article, qui déclare que les dispositions testamentaires, qu'on les ait faites sous le nom d'institutions d'héritier ou autrement, ne seront jamais que des legs. Remarquons même que c'est là l'unique objet de l'article, et par conséquent de la section (puisqu'il la compose à lui seul).

Et ce n'est pas fortuitement que les choses se sont trouvées ainsi arrangées. Au contraire, cette section spéciale n'existait pas d'abord; et c'est le Tribunat qui l'a fait intercaler dans le but que nous venons d'indiquer. « Il est à propos, a dit le Tribunat, de laisser subsister la dénomination d'*institution d'héritier,* qui est en si grand usage... Mais en même temps, il est convenable d'annoncer bien précisément qu'il n'y aura désormais *aucune différence* entre la dénomination d'héritier et celle de légataire; et que tous les effets particulièrement attachés par les lois romaines au titre d'héritier *sont entièrement détruits.* Pour cela, on propose de faire une section nouvelle composée d'un seul article qui contiendra cette idée principale. » (Fenet, t. XII, p. 459.)

93. Ainsi, il est incontestable que par testament on ne fait plus d'héritiers, de successeurs à la personne, mais de simples légataires, de simples successeurs aux biens; et que, par conséquent, le successeur

testamentaire ne peut jamais être tenu, en cette qualité, de payer les dettes du défunt *ultra vires bonorum*. Il est donc inexact de dire, comme M. Coin-Delisle (art. 1003, n° 1), que, « quand il n'y a pas d'héritier à réserve, le legs universel est aujourd'hui une véritable institution d'héritier et qu'on peut définir : la donation par testament de tous les droits actifs et passifs du défunt. »

Les legs, comme on le voit par notre article, sont 1° universels, ou 2° à titre universel, ou 3° particuliers ou à titre particulier. Le Code va consacrer une section spéciale à chacune de ces trois classes (1).

SECTION IV.

DU LEGS UNIVERSEL.

1003. — Le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès.

SOMMAIRE.

I. Le legs universel est celui qui donne droit, au moins éventuellement, à l'universalité des biens. — Exemples.

II. Ce qu'on entend par universalité. — Renvoi pour les legs d'usufruit.

I. — 94. Le legs *universel,* à la différence du legs *à titre universel,* est facile à définir en peu de mots : c'est l'attribution, faite par testament, du droit, au moins éventuel, à l'universalité des biens du testateur.

Ainsi, quand je déclare léguer, ou donner, ou attribuer (car peu importe l'expression) à Pierre tout le bien que je laisserai en mourant, il est clair qu'il y a legs universel. — Si je déclare lui donner tous les biens *qui se trouveront disponibles* à ma mort, c'est encore un legs universel ; car il se peut que tous mes biens sans exception se trouvent disponibles, et par conséquent il y a vocation à tous. Il en est de même, évidemment, si j'ai donné *mon disponible ;* puisque le *disponible* peut embrasser le patrimoine tout entier. — Si je lègue ma succession *à Pierre et à Paul,* je fais deux legs universels, car chacun des deux légataires se trouve avoir un droit éventuel à la succession entière ; si Pierre meurt avant moi, ou s'il refuse le legs, ou s'il se trouve incapable par une cause quelconque, Paul prendra tout à lui seul (article 1044). Il est vrai que, succédant à leur père et s'ils viennent tous deux, chacun n'aura que moitié; mais ce n'est pas parce que chacun n'est appelé qu'à la moitié, c'est parce que le droit de chacun à la totalité ne pouvant s'exécuter en face du droit égal et identique de l'autre, il faut bien qu'il se fasse une division, un partage de fait qui diminue l'objet du droit, *concursu partes fiunt :* il leur arrive ce qui arrive à deux enfants qui sont bien obligés aussi de faire des parts,

(1) C'est sous l'art. 1017 qu'on examinera si les legs doivent être payés par l'héritier pur et simple *ultra vires bonorum.*

quoique chacun ait droit au tout, puisque *nemo pro parte hœres*. Mais, encore une fois, si l'un des légataires venait seul, l'autre se trouvant à l'écart, par quelque cause que ce soit, il aurait le tout; et, par conséquent, son legs est universel.

De même, et par la même raison, le légataire qui a droit à la fortune entière, mais dont le droit se trouve restreint dans son application par la présence et le concours d'un héritier réservataire, n'en est pas moins un légataire universel, puisqu'il a vocation à l'universalité. — Si, ayant pour toute fortune trois maisons, je lègue tout mon bien à Pierre, puis telle maison à Paul et telle autre à Jacques, il est bien vrai que si les trois légataires viennent, Pierre n'aura qu'une maison, comme chacun des deux autres; mais ceci ne l'empêche pas d'avoir droit à tout : la fortune entière lui étant léguée, il l'aurait tout entière si, par une cause quelconque, Paul et Jacques ne venaient pas; donc il a éventuellement droit au tout; et son legs, dès lors, est universel. Il en serait ainsi, et le legs de Pierre serait encore universel, alors même que j'aurais disposé de la troisième maison au profit d'un quatrième légataire : il est vrai qu'alors Pierre serait exposé à n'avoir absolument rien, et qu'il ne recueillerait qu'à défaut de quelqu'un des autres légataires ; mais comme ce défaut est possible, et possible pour les trois légataires particuliers, que dès lors Pierre peut arriver à l'universalité, qu'il a droit à cette universalité, son legs est donc universel (1).

Ainsi il ne faut pas rechercher quelle sera, en fait, l'importance du bénéfice, ni même s'il y aura bénéfice; il faut voir, en droit, s'il y a vocation à l'universalité, s'il y a possibilité légale d'obtenir cette universalité : du moment qu'il y a droit à l'universalité, quelles que soient les circonstances qui pourraient faire obstacle à l'exercice de ce droit, le legs est universel (2).

95. D'après ce principe, on doit comprendre qu'il y a tout simplement une question d'intention, appréciable d'après les faits, dans le point de savoir s'il y a oui ou non legs universel quand le testateur a déclaré léguer *sa quotité disponible,* ou bien le *surplus* ou le *restant* des biens qu'il a légués à d'autres...

Si le testateur, en disant : « Je lègue à Pierre *la portion disponible* de mes biens », a entendu dire « *tout ce qui se trouvera disponible* quand je mourrai »; si, comme il arrive souvent aux jurisconsultes eux-mêmes, il a pris les mots *ma portion disponible* comme synonymes de *mon disponible,* il est clair que, malgré la présence de ce mot *portion,* qui se trouve inexactement employé, il y a legs universel; attendu que tout le patrimoine peut se trouver disponible. Mais s'il a voulu dire seulement « la partie de mes biens *qui est aujourd'hui disponible* », il est clair alors qu'il n'a entendu donner qu'une fraction, et que le legs n'est pas universel. C'est donc là une question d'intention qu'il s'agit d'ap-

---

(1) La caducité ou la nullité d'un legs particulier ou d'une donation profite au légataire universel et non à l'héritier. Cass., 3 mars 1857 (Dev., 57, I, 182; Dall., 57, I, 197). *Conf.* Aubry et Rau (VI, § 726, p. 200); *Dict. not.* (v° Legs, n° 29).
(2) Voy. *Dict. not.* (v° Legs, n° 30).

précier par l'ensemble des circonstances, et surtout par le rapprochement des diverses dispositions : si le testateur, par exemple, après avoir dit : « Je lègue à Pierre ma quotité disponible », avait ajouté : « Et si mon fils ne recueillait pas la moitié qui lui est réservée, je la lègue à Paul », il est bien évident qu'il aurait entendu n'attribuer à Pierre que la *moitié* de ses biens, qu'il n'y aurait pas dès lors legs universel, et que l'autre moitié, quand même elle ne passerait ni au fils ni à Paul, n'appartiendrait jamais à Pierre et resterait dans la succession *ab intestat*. — De même quand le testateur, en léguant à Paul telle maison, à Jacques telle ferme, lègue le *reste* de ses biens à Pierre, il faut voir quelle a été sa pensée : si la maison et la ferme ont été attribuées à d'autres que Pierre parce qu'on n'entend pas qu'il les ait en aucun cas, le legs n'est pas universel ; mais il l'est, au contraire, si ces deux immeubles, dans l'esprit du testateur, sont distraits de la masse attribuée à Pierre et doivent lui revenir dans le cas où Pierre et Jacques ne les recueilleraient pas.

Ce sont là, on le voit, des questions de fait, des appréciations de circonstances et d'intention, abandonnées à la sagesse des magistrats (1).

96. Mais l'alternative, selon nous, ne serait plus possible, et le legs ne serait jamais universel, si le testateur avait légué, non plus *sa portion disponible,* mais *son quart, son tiers, sa moitié disponibles*. Alors, en effet, l'objet du legs est déterminé : c'est une fraction limitée. Un usage, abusif peut-être, mais que le Code lui-même autorise, a donné aux mots *portion disponible* un sens large que l'idée de *portion* semblerait devoir exclure, un sens compréhensif de l'unité entière, et qui fait de ces mots le synonyme de celui-ci, *le disponible :* c'est ainsi que sous cette rubrique de *portion disponible* la loi prévoit non-seulement les cas où le propriétaire peut disposer d'une partie plus ou moins grande de sa fortune, mais aussi celui où il peut disposer *de la totalité des biens* (art. 916). Mais cet usage n'existe pas et ne saurait exister pour les expressions de *quart, tiers, trois quarts,* qui ne peuvent jamais indiquer qu'une fraction et non l'unité.

97. Il faut donc toujours revenir à cette règle générale, qu'il y a legs universel lorsque la disposition, explicitement ou virtuellement, purement ou éventuellement, donne droit à l'universalité des biens, et que le legs cesse d'être universel en dehors de cette circonstance.

II. — 98. C'est à l'*universalité* des biens, à la totalité de droit, et non pas à la *totalité de fait,* qu'il faut être appelé pour qu'il y ait legs universel ; et on entend par universalité les biens considérés dans leur totalité même, dans leur ensemble, comme unité, et en masse. Ainsi, qu'une personne dont la fortune entière se compose de deux

---

(1) *Voy.* Douai, 26 août 1847 ; Cass., 18 nov. 1851, 5 mai 1852, 4 déc. 1854 ; Lyon, 22 fév. 1859 ; Cass., 25 avr. 1860 ; Rennes, 21 juill. 1860 (Dev., 49, II, 65 ; 51, I, 770 ; 52, I, 522 ; 55, I, 368 ; 59, II, 548 ; 60, I, 635 ; 61, II, 86 ; Dall., 47, II, 209 ; 51, I, 305 ; 52, I, 135 ; 55, I, 73 ; 60, I, 230 ; *J. Pal.*, 48, I, 81 ; 52, II, 504 ; 52, II, 485 ; 55, II, 358 ; 60, 182 ; 61, 263 ; 60, 1084).

maisons, une ferme, quelques meubles meublants et un peu d'argent, déclare léguer à Pierre ses maisons, sa ferme, ses meubles et son argent : les biens auxquels Pierre aura droit seront bien en fait tous les biens du testateur; mais comme ils lui seront attribués séparément, considérés chacun en particulier au lieu de l'être dans leur ensemble, ce sera là un legs particulier et non un legs universel : l'objet du droit, dans ce cas, ne sera pas précisément la totalité, ce sera tel bien, puis tel autre bien, puis tel autre encore. Il est si vrai qu'il n'y aura pas vocation à la totalité, que si le testateur avait acquis, après la confection du testament, et laissait en mourant une troisième maison, Pierre n'aurait toujours que l'argent, les meubles, la ferme et *deux* maisons; la *troisième* ne lui appartiendrait pas : il a donc droit, quand on précise l'idée, à tels et tels biens, mais non pas *à tous les biens;* et dès lors il n'y a pas legs universel (1).

99. Les legs qui n'ont pour objet que l'usufruit ne peuvent jamais être des legs universels, puisqu'ils ne peuvent pas donner droit à tous les biens du testateur, mais seulement à la jouissance viagère de ces biens. Nous reviendrons sur cette idée sous l'art. 1010.

1004. — Lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament.

100. Quand le testateur, après avoir fait un legs universel, laisse en mourant des héritiers réservataires qui acceptent sa succession, ces héritiers ont la saisine, c'est-à-dire la possession légale, non pas seulement de leur réserve, mais de la succession tout entière; et le légataire universel doit s'adresser à eux pour se faire délivrer la quotité disponible qui lui appartient.

Nous disons que cette quotité disponible appartient au légataire. Elle est à lui, en effet, dès la mort du testateur, par la force du testament, tout aussi bien que la réserve est aux réservataires par droit de succession légitime; la donation, entre-vifs ou testamentaire, est une cause directe d'acquisition de la propriété, aussi bien que la succession (article 711). L'héritier réservataire, s'il a la saisine, le droit de possession sur toute la succession, n'a le droit de propriété que sur sa portion réservée; et le légataire avec cet héritier sont copropriétaires, communistes pour tous les biens, chacun en proportion de la part à laquelle il a droit.

---

(1) Le décret qui n'autorise que jusqu'à concurrence d'une quotité déterminée l'acceptation d'un legs universel fait en faveur d'un établissement public ne modifie pas le caractère de ce legs et ne le transforme pas en legs à titre universel. Amiens, 8 mars 1860 (Dev., 60, II, 161; *J. Pal.*, 60, 1091; Bordeaux, 20 fév. 1865 (Dev., 65, II, 238); Demolombe (I, n° 602). *Contrà :* Nîmes, 29 déc. 1862 (Dev., 64, II, 69; *J. Pal.*, 64, 615).

Et puisque le légataire universel est copropriétaire avec l'héritier du sang, celui-ci ne pourrait donc pas se débarrasser de lui en lui payant en argent la valeur de la quotité disponible, comme à un simple créancier : le légataire n'est pas créancier, il est propriétaire du tiers, de la moitié, ou de toute autre fraction disponible; et il lui faut dès lors cette fraction en nature, obtenue au moyen de lots et de tirage au sort, comme cela se fait entre cohéritiers, entre tous communistes.

101. Quand nous disons que l'héritier réservataire est saisi de la succession entière, cela n'est vrai, bien entendu, que pour l'héritier qui aurait droit à toute la succession *ab intestat* et qui la prendrait en entier, si le testament n'existait pas. Mais il en serait autrement de l'héritier réservataire qui, même en l'absence de testament, ne serait appelé qu'à une partie de la succession : si le testateur, par exemple, laisse pour héritiers son père et un cousin maternel; comme alors il n'y a de réservataire que le père (pour un quart); que ce père, quand même il n'y aurait pas de testament, ne serait appelé qu'à la moitié (art. 753), c'est de cette moitié seulement qu'il aura la saisine : l'autre moitié se trouvant enlevée, non au père, mais au cousin non réservataire, c'est le légataire qui sera saisi de cette seconde moitié, et il n'aura de délivrance à demander au père que pour le quart qu'il lui enlève.

Et en effet, il y a vraiment alors deux successions (art. 733, n° 1), l'une de ces successions étant déférée à un réservataire : c'est le cas de notre article, qui donne à notre réservataire la saisine de tout; mais comme il n'y a pas de réservataire pour l'autre, elle tombe sous l'article 1006, qui donne cette saisine au légataire universel.

1005. — Néanmoins, dans les mêmes cas, le légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le testament, à compter du jour du décès, si la demande en délivrance a été faite dans l'année, depuis cette époque; sinon, cette jouissance ne commencera que du jour de la demande formée en justice, ou du jour que la délivrance aurait été volontairement consentie.

SOMMAIRE.

I. D'après la plupart des auteurs, le légataire universel obtient les fruits à compter du décès par l'effet d'un droit qui s'étend, par sa nature même, au légataire à titre universel.

II. Critique de cette doctrine. Il s'agit là d'une faveur que ce second légataire ne saurait invoquer.

I. — 102. D'après cet article, le légataire *universel* (pourvu qu'il ait soin de demander la délivrance dans l'année à compter du décès) a droit aux fruits à partir du jour même de ce décès (1); d'après l'art. 1014, au contraire, le légataire *particulier* n'a jamais droit aux fruits qu'à partir de sa demande. A quoi tient cette différence? C'est là une question

---

(1) *Voy.* Cass., 22 avr. 1851 (Dev., 52, I, 726; Dall., 52, I, 151; *J. Pal.*, 53, I, 379).

sur laquelle les interprètes sont loin d'être d'accord, et qui n'est pas sans importance, attendu que de la solution qu'on lui donnera dépend celle du point de savoir si c'est du jour du décès, ou du jour de la demande, que les fruits appartiennent au légataire *à titre universel*, sur les droits duquel le Code a gardé le silence (art. 1011).

La plupart des auteurs enseignent que le droit aux fruits, à compter du jour même du décès, est pour le légataire universel une conséquence toute naturelle de son legs. — « Les fruits d'une hérédité, disent-ils, tant qu'elle n'est pas partagée entre les divers ayants droit, viennent se réunir à cette hérédité, comme l'accessoire au principal, et en augmenter la masse, *fructus augent hæreditatem;* de sorte que, quand les différents copartageants viennent prendre chacun leur part, ils la trouvent augmentée d'une part proportionnelle dans tous les fruits échus. » Ainsi donc, lorsque le légataire universel vient, en face de l'héritier réservataire, prendre une fraction de l'hérédité, la moitié, par exemple, c'est par la nature même des choses et en prenant sa moitié de succession telle qu'elle est *hic et nunc,* qu'il se trouve avoir aussi la moitié de tous les fruits échus. Le légataire particulier, au contraire, ne prenant pas une fraction de la masse considérée dans son ensemble, une quote de l'universalité, mais seulement un ou plusieurs biens spéciaux, il ne peut donc pas avoir droit aux fruits qui sont venus augmenter cette masse; les fruits de la chose à lui léguée ne lui appartiennent qu'à compter du moment où cette chose est séparée de la masse pour entrer sous sa possession particulière, c'est-à-dire à partir de sa demande judiciaire en délivrance (ou de la délivrance consentie amiablement). D'après ce principe, le légataire à titre universel a aussi droit aux fruits du jour même du décès, puisque, comme le légataire universel, il vient aussi partager l'universalité des biens (1).

II. — 103. Cette doctrine, qui paraît douteuse à M. Dalloz (ch. 7, sect. 3) et que M. Coin-Delisle rejette positivement (art. 1015, n° 11), nous semble en effet inadmissible (2).

Comment veut-on appliquer ici la maxime romaine *fructus augent hæreditatem?* Comment veut-on que les fruits viennent ainsi se capitaliser avec la masse héréditaire pour se diviser comme elle entre les copartageants, alors qu'un autre principe les fait devenir la propriété d'un seul au moment même de leur réalisation? L'héritier réservataire a ici la saisine, la possession légale; la loi, jusqu'à la demande en délivrance, le fait possesseur de toute la succession : mais si, de par la loi, il est seul possesseur, il a donc seul droit aux fruits; et ces fruits, dès lors, ne peuvent pas s'amasser pour être partagés entre lui et le légataire. — Donc, *en principe,* c'est à l'héritier, non au légataire, que les fruits appartiennent jusqu'à la demande en délivrance; et nous voyons une *exception* de faveur dans la disposition par laquelle notre article at-

(1) Grenier (n° 297); Toullier (V, 545); Demante (II, 377 et 388); Duranton (IX, 211); Vazeille (art. 1011, n° 2).
(2) Conf. *Dict. not.* (v° Délivr. de legs, n° 60).

ribue ces fruits au légataire; c'est là, selon nous, un bénéfice destiné à consoler le légataire universel de la privation du titre d'héritier testamentaire : en lui refusant, contrairement au droit romain, les honneurs de cette qualité, le Code a voulu au moins qu'il en eût les avantages pécuniaires. Si ce droit aux fruits à compter du décès n'était pas un privilége exceptionnel, si c'était un droit rigoureux, comment s'évanouirait-il par cela seul que le légataire ne l'aurait pas réclamé dans le cours de l'année? Une déchéance si facile se conçoit pour un bénéfice accordé par faveur et en dehors des principes, mais on ne la comprendrait plus pour un droit strict. — C'est donc par une exception de faveur que le légataire universel obtient les fruits échus depuis le décès, quand il a soin de les demander avant l'expiration d'une année; et puisque c'est là une exception, et que cette exception n'est pas reproduite pour le légataire à titre universel, nous en concluons, avec M. Coin-Delisle, que ce dernier n'a jamais droit aux fruits qu'à partir de sa demande en délivrance, tout comme le légataire particulier.

104. Il est évident, au surplus, que le légataire universel ou à titre universel ne supportera les intérêts des dettes tombant à sa charge qu'à compter du moment où il aura la jouissance : on sait, en effet, que les intérêts des dettes sont une charge des fruits.

1006. — Lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être tenu de demander la délivrance.

SOMMAIRE.

I. A défaut d'héritiers à réserve, le légataire universel est de plein droit saisi de la succession.

II. Mais ce légataire ne devient pas pour cela héritier proprement dit : dissentiment avec M. Demante et M. Coin-Delisle.

III. Quand le défunt laisse des aïeuls et des frères ou sœurs, le légataire universel est saisi et reste saisi, à moins de renonciation des frères ou sœurs : réfutation de la doctrine contraire de Delvincourt et de M. Coin-Delisle.

I. — 105. Nous venons de voir que le Code, tout en refusant au légataire universel, en concours avec un héritier réservataire, les honneurs du titre d'héritier, lui en accorde les bénéfices en lui permettant d'obtenir, à partir du décès même du testateur, les fruits de la fraction de succession qui lui appartiennent : en enlevant au testateur le droit de faire des *héritiers,* la loi devait bien lui laisser le droit de donner pleinement son disponible, intérêt comme capital. C'est ce que fait l'article précédent, puisque, tout en accordant à l'héritier concourant avec un légataire universel la saisine ou possession de toute l'hérédité jusqu'à la délivrance, possession qui devrait assurer à cet héritier tous les fruits jusqu'à cette époque, il autorise le légataire à effacer cette conséquence et à se faire délivrer les fruits produits par sa portion.

Dans ce système, qui, nous le répétons, n'a entendu enlever à l'insti-

tution testamentaire que les *honneurs* de l'hérédité sans lui en ôter les avantages pécuniaires, le légataire universel appelé à la succession entière faute d'héritiers à réserve devait donc avoir tous les fruits, absolument tous, sans qu'aucune parcelle de la succession restât à l'héritier non réservataire. Mais puisque, dans ce cas, l'héritier du sang ne devait rien avoir des biens héréditaires, il eût été complétement inutile et insignifiant de lui en laisser la saisine : à quoi bon alors maintenir et respecter, chez l'héritier, un vain titre, qui ne doit rien produire, si ce n'est l'embarras pour le légataire de venir demander la délivrance? Ne valait-il pas mieux effacer dans la théorie légale ce qui se trouvait mort dans la réalité, et saisir immédiatement le légataire en proclamant qu'il n'y a pas dans ce cas de succession *ab intestat!* C'est ce que fait notre art. 1006, qui déclare qu'à défaut d'héritiers à réserve, le légataire universel est immédiatement saisi et revêtu de la possession, dès la mort du testateur, sans avoir à demander délivrance à personne (1).

II. — 106. De ce que nous voyons ici le légataire universel saisi de plein droit, ce n'est pas une raison, selon nous, pour aller plus loin et pour dire, comme plusieurs jurisconsultes (notamment M. Demante, II, 328, et M. Coin-Delisle, art. 1003, n° 1), qu'il cesse alors d'être légataire et devient un véritable héritier (ce qui l'obligerait au payement des dettes *ultra vires bonorum*).

La saisine n'est rien que la possession légale, et ces mots « légataire saisi de plein droit » signifient tout simplement « légataire mis de plein droit en possession »; en sorte que la saisine du légataire universel, qui ne rencontre pas d'héritiers à réserve, consiste en ce que ce légataire obtient dès le décès du testateur, et par la seule force de la loi, la possession que, sans cela, il lui faudrait demander à l'héritier du sang. Or, de quelque manière et à quelque moment que le droit de possession se trouve réalisé, ce droit est toujours le même; et la position que la saisine donne à ce légataire est tout simplement celle que, à défaut de saisine, il aurait eue plus tard par l'effet de la sentence du juge ou du consentement de l'héritier. La possession accordée au légataire par l'héritier ou par le juge ne transforme certainement pas ce légataire en héritier; donc la possession que la loi lui donne elle-même le laisse également simple légataire : le légataire *saisi,* c'est le légataire (et rien qu'un légataire) déclaré en *possession*. C'est ainsi qu'un simple exécuteur testamentaire, qui n'est en rien successeur du défunt, peut recevoir pendant l'année qui suit ce décès, comme moyen d'exécution du legs, la saisine, la possession du mobilier (art. 1026). Donc, s'il est vrai qu'un

(1) Mais la saisine déférée au légataire universel, dans le cas où il n'existe pas d'héritiers à réserve, n'empêche pas les héritiers du sang de requérir l'apposition des scellés sur les effets de la succession. Nîmes, 26 ou 27 déc. 1847 (Dev., 48, II, 746; Dall., 49, II, 35; *J. Pal.*, 49, I, 647); Aubry et Rau (VI, § 710, p. 130); Demolombe (IV, n° 512). — Ils sont tenus de faire l'avance des frais, qui restent à leur charge si le testament est maintenu. Douai, 20 déc. 1847 (Dev., 48, II, 746). — De même l'héritier du sang qui attaque le testament peut, nonobstant l'envoi en possession prononcé au profit du légataire universel, requérir la confection d'un inventaire en faisant l'avance des frais. Rennes, 11 août 1858 (Dev., 59, II, 48; *J. Pal.*, 58, 108).

héritier ait toujours la saisine, il n'est pas vrai, réciproquement, que quiconque a la saisine soit par cela seul héritier.

Et si notre théorie se trouve ainsi établie par le raisonnement, ne l'est-elle pas aussi par la disposition formelle de l'art. 1002, et par les motifs bien connus de la loi? L'art. 1002 déclare que toute disposition testamentaire ne *produira* jamais que l'*effet* d'un *legs;* et cet article a été fait sur la demande du Tribunat, tout exprès pour proclamer « cette idée principale » que « tous les effets attachés par les lois romaines au titre d'*héritier* (*testamentaire*) sont *entièrement détruits.* » (1)

III. — 107. En expliquant dans notre précédent volume l'art. 915 (au n° II), nous avons établi cette idée, si simple d'ailleurs, que les ascendants d'une personne défunte n'ont droit à une réserve sur ses biens qu'autant qu'ils se trouvent appelés à sa succession *ab intestat,* attendu qu'il faut évidemment être héritier avant d'être héritier réservataire : *priùs est esse quàm esse tale.* Nous avons dit, dès lors, que si le défunt laisse un aïeul et des frères ou sœurs, le premier, n'étant pas héritier (art. 750), n'a pas de réserve à demander, et que ce défunt, par conséquent, a pu disposer de tous ses biens; d'où il suit que si le défunt, dans ce cas, a institué un légataire universel, ce légataire sera saisi de plein droit, d'après notre article, sans que l'aïeul (puisqu'il n'est pas héritier) puisse lui enlever aucune partie des biens, ni le forcer à demander la délivrance. Nous avons, enfin, relevé la doctrine contraire de Delvincourt et de M. Coin-Delisle.

Cette doctrine étrange s'appuie sur les idées suivantes :

« Il est vrai que les frères et sœurs sont préférés aux aïeuls et autres ascendants pour la succession *ab intestat,* puisqu'ils les en excluent toujours (art. 750). Mais les ascendants sont préférés aux frères et sœurs pour la succession testamentaire, puisqu'ils ont contre le légataire une réserve que les frères n'ont pas (art. 915). Donc, on ne peut pas s'étonner de voir des aïeuls succéder malgré la présence de frères qui ne succèdent pas : ce serait impossible en succession légitime; mais c'est tout simple en succession testamentaire. » (Delvincourt.)— Quand le défunt, en laissant un aïeul et un frère, a institué un légataire universel, celui-ci, vis-à-vis du frère, est saisi de plein droit, à l'instant même du décès; en sorte que le frère se trouve n'être pas héritier, n'être pas appelé à la succession, dont la porte lui est fermée au moment même que le testateur rend le dernier soupir. Ce frère reste étranger à la succession, tout comme s'il y avait renoncé; il en est écarté par la loi même, comme il l'aurait été par une renonciation volontaire. Cette renonciation, ici, n'est pas nécessaire, et ne serait pas même possible, puisque le frère étant complétement dépouillé de la succession, dont le légataire est saisi à sa place, il n'y a plus rien à quoi ce frère puisse renoncer, la renonciation n'a plus d'objet. Mais puisque le frère se

---

(1) La commune instituée légataire universelle, tant qu'elle n'a pas été autorisée à accepter, n'a qu'un droit soumis à une condition suspensive, et, dans l'intervalle, la saisine appartient aux héritiers du sang même non réservataires. Bordeaux, 9 mars 1859 (Dev., 59, II, 619; Dall., 59, II, 220; *J. Pal.*, 60, 403).

trouve étranger à la succession, c'est donc l'aïeul qui s'y trouve appelé; et comme celui-ci a une réserve, il faut bien que le légataire la respecte. » (M. Coin-Delisle.)

Tout ceci, disons-le franchement, n'est que sophisme, contradiction et confusion d'idées; et il est étonnant que des hommes aussi judicieux que Delvincourt et M. Coin-Delisle aient pu s'y laisser prendre.

108. Il est faux d'abord que les aïeuls soient préférés aux frères dans la succession testamentaire, comme les frères le sont aux aïeuls dans la succession légitime; et que notre titre *Des Donations* soit venu remettre devant ceux que le titre *Des Successions* avait d'abord mis derrière. Notre titre, aussi bien que le titre précédent, fait toujours passer les frères avant les aïeuls; et il n'existe aucun texte qui appelle les aïeuls avant les frères. A la vérité, les aïeuls, *quand ils viennent à la succession,* y viennent avec un droit plus énergique que celui des frères (puisqu'ils ont une réserve que ceux-ci n'ont pas); mais, pour qu'ils aient un droit quelconque, il faut avant tout qu'ils viennent à la succession; et, encore une fois, ils n'y viennent jamais qu'après les frères : l'article 915, loin de modifier, en établissant la réserve des ascendants, l'ordre de succéder antérieurement fixé, déclare au contraire que cette réserve ne sera par eux recueillie que *dans l'ordre où la loi les appelle à succéder*.

Et maintenant quel sophisme, quelle confusion, dans cette antithèse entre notre article et le titre précédent, entre la succession testamentaire (où la préférence serait pour les aïeuls) et la succession légitime (où elle est pour les frères)!... Est-ce que ce n'est pas toujours et uniquement par succession *ab intestat* que la loi appelle les frères et les aïeuls?... Est-ce que ce n'est pas toujours et uniquement pour des successeurs *ab intestat* qu'il peut être question de réserve?... Est-ce que l'aïeul qui vient faire réduire un legs universel, pour prendre son quart, ne le fait pas comme successeur *ab intestat?...* Est-ce que le chapitre III de notre titre, sur *la portion disponible et la réduction,* en même temps qu'il appartient à la matière *Des Donations* en ce qui touche les donataires, n'appartient pas à la matière *Des Successions* en ce qui touche les réservataires?... Est-ce que tout ce qui est enlevé aux légataires (ou bien encore aux donataires entre-vifs, dont vous ne parlez pas, parce que cette idée dérange votre antithèse) ne retombe pas dans la succession *ab intestat?*

Il est également faux que, par la saisine du légataire universel, les frères et sœurs deviennent absolument sans droit, comme s'ils avaient renoncé. L'héritier, même non réservataire, conserve sur la succession, malgré la saisine du légataire universel, un droit éventuel, une espérance, qui peut fort bien être l'objet d'une renonciation. Cette espérance, ce droit conditionnel, c'est de ressaisir la succession, si, par une cause quelconque, le legs universel venait à défaillir. Ainsi, que le testament soit annulé pour vice de forme, ou que le bénéficiaire renonce à tout ou partie de son legs, ou qu'il vienne à être reconnu que le legs qu'on avait cru universel est seulement à titre universel ou même par-

ticulier, dans tous ces cas, l'héritier plus proche, s'il n'a pas renoncé, viendra recueillir; tandis que s'il avait renoncé, la succession passerait à l'héritier plus éloigné. Donc, tant que l'héritier de l'ordre plus favorable n'a pas renoncé, c'est lui qui reste là, apte à ressaisir en tout ou partie le patrimoine, s'il y a lieu; c'est lui qui conserve le droit éventuel à la succession, c'est lui qui remplit la succession *ab intestat*, actuellement dépouillée au profit de la succession testamentaire; c'est lui, enfin, qui se trouve face à face avec le légataire universel; et c'est selon que cet héritier sera ou ne sera pas réservataire, que le légataire sera ou ne sera pas saisi et prendra la totalité ou seulement une partie des biens. Que si ce premier héritier renonce, alors, et seulement alors, celui de l'ordre subséquent le remplace; et si ce nouvel héritier est réservataire, tandis que l'autre ne l'était pas, le légataire universel, auquel on avait d'abord reconnu la saisine, se trouvera ne pas l'avoir, et il lui faudra demander la délivrance à cet héritier nouveau (qui, bien entendu, est censé l'avoir toujours été, d'après l'art. 785) en lui laissant d'ailleurs sa réserve.

Voici à quoi se réduit le système contraire : « Le légataire universel se trouvant ici *en face du frère*, lequel n'a pas de réserve, ce légataire *est donc saisi* (ceci est vrai); — mais puisque le légataire est saisi, le frère est donc écarté et devient étranger à la succession, comme s'il renonçait (ceci est faux, et tout ce qui suit l'est également): or, le frère devenant étranger, le légataire n'est donc pas en face de lui, mais bien *en face de l'aïeul;* — or, le légataire étant en face de l'aïeul, lequel a droit à une réserve, ce légataire *n'est donc pas saisi.* » Ceci, comme on le voit, revient à dire que le légataire se trouve vis-à-vis de l'aïeul, parce qu'il est vis-à-vis du frère; et qu'il n'est pas saisi parce qu'il est complétement saisi!!!

109. Voici maintenant la théorie de la loi : Pour savoir si le légataire universel est ou non saisi, il faut considérer si l'héritier auquel s'adresse la vocation *ab intestat* est ou non réservataire (art. 1004 et 1005).— Lorsque le défunt laisse un aïeul et un frère, c'est au frère seul que la succession *ab intestat* est dévolue (art. 746 et 750); or, ce frère n'a pas de réserve: donc, dans ce cas, le légataire est saisi. Si, après cette saisine, opérée de plein droit dès le décès, le frère venait à renoncer, l'effet rétroactif de sa renonciation faisant regarder ce frère comme n'ayant jamais été héritier, et l'aïeul comme l'ayant été *ab initio* (art. 785), c'est en face de l'aïeul que le légataire serait censé s'être trouvé, et cet aïeul ayant droit à une réserve (art. 715), le légataire se trouverait n'avoir pas été saisi. — Mais tant que le frère ne renonce pas, c'est à lui seul que s'adresse la vocation légale (pour les effets tels quels qu'elle pourra produire). — Donc, c'est en face de lui, non en face de l'aïeul, que le légataire se trouve tant que ce frère n'a pas renoncé; donc, jusqu'à sa renonciation, le légataire conserve toujours la saisine (1).

(1) Grenier (n° 572); Toullier (V, 114); Vazeille (art. 915, n° 3); Poujol (art. 1004, n° 9), et surtout Duranton (VIII, 310 et 311; IX, 193).

1007. — Tout testament olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession est ouverte. Ce testament sera ouvert, s'il est cacheté. Le président dressera procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt entre les mains du notaire par lui commis.

Si le testament est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt, seront faits de la même manière; mais l'ouverture ne pourra se faire qu'en présence de ceux des notaires et des témoins, signataires de l'acte de suscription, qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés.

110. Cet article n'est pas logiquement placé, puisqu'il s'occupe des testaments, olographes ou mystiques, contenant des dispositions *quelconques* (soit universelles, soit à titre universel, soit particulières), et qu'il est écrit au milieu de la section consacrée aux seuls legs universels. Ce défaut de méthode s'explique facilement : le législateur arrivant (ainsi qu'on va le voir par l'article qui suit) à indiquer les conditions sous lesquelles le légataire universel, quand il est appelé par un testament olographe ou mystique, peut obtenir en fait la possession que la saisine lui confère en droit, et plusieurs de ces conditions étant nécessaires pour l'exécution de tous les legs, même particuliers, contenus en de tels testaments, il aura paru tout simple de placer ici comme en parenthèse cette règle commune à tous les testaments, olographes ou mystiques, au lieu d'en faire une section à part.

Ces conditions, comme on le voit, sont : 1° la présentation du testament olographe ou mystique au président du tribunal; 2° son ouverture par ce président, qui dresse un procès-verbal descriptif de l'état dans lequel il trouve l'acte; et 3° son dépôt parmi les minutes du notaire désigné par une ordonnance dudit président. Quand le testament est mystique, on doit appeler à l'ouverture ceux des notaires et témoins, signataires de la suscription, qui seraient encore vivants et se trouveraient sur les lieux (1).

1008. — Dans le cas de l'article 1006, si le testament est olographe ou mystique, le légataire universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par une ordonnance du président, mise au bas d'une requête à laquelle sera joint l'acte de dépôt.

---

(1) Le notaire n'est pas tenu de dresser un acte de dépôt du testament olographe déposé en son étude en exécution d'une ordonnance du président du tribunal (J. Seine, 26 mai 1853 : Dev., 53, II, 587; J. Lyon, 6 juin 1855 : Dev., 61, I, 133, note), alors, du moins, que le procès-verbal d'ouverture et de description du testament constate la remise du testament au notaire. Cass., 5 déc. 1860 (Dev., 61, I, 133; Dall., 61, I, 35). *Contrà :* J. Compiègne, 8 mars 1855; Boulogne-sur-Mer, 28 mars 1856; Dax, 27 janv. 1857; Provins, 2 avr. 1857 (Dev., 61, I, 133, note).

SOMMAIRE.

I. Quand le testament n'est que mystique ou olographe, le légataire saisi doit se faire mettre en possession de fait par une ordonnance du président. L'ordonnance, qu'elle accorde ou refuse l'envoi en possession, peut être attaquée par l'héritier ou par le légataire.

II. Après l'ordonnance d'envoi, l'héritier, sans critiquer cette ordonnance, peut toujours attaquer le testament; et c'est au légataire à prouver la validité de ce testament : dissentiment avec MM. Toullier, Duranton, Coin-Delisle, Chauveau et de nombreux arrêts.

I. — 111. Quoique le légataire universel, dès la mort du testateur, soit *saisi* par la loi même, c'est-à-dire investi de plein droit du droit de possession, il ne lui est cependant pas toujours permis de se mettre lui-même en possession de fait. Il le peut, quand son testament est par acte public; mais si l'acte est mystique ou olographe, il doit accomplir d'abord les conditions indiquées par l'article précédent, et présenter ensuite au président : 1° l'acte qui justifie du dépôt effectué chez le notaire commis, et 2° une requête tendant à se faire envoyer en possession. C'est par une ordonnance écrite au bas de cette requête que la possession de fait sera octroyée au légataire.

Il est clair que le président à qui est demandé l'envoi en possession ne doit l'accorder qu'en connaissance de cause, et ne peut pas se faire l'instrument passif et aveugle du premier prétendant venu. Sans entrer au fond des choses ni s'occuper de la question de validité (point sur lequel le débat entre le prétendu légataire et les héritiers serait porté devant le tribunal entier), il doit s'assurer que l'acte a tout au moins l'apparence d'un testament valable et contenant un legs universel (1) : si, par exemple, un prétendu testament olographe n'était pas écrit en entier de la même main, ou s'il y avait absence de signature ou de date, ou si le legs qu'il contient n'était évidemment qu'à titre universel ou particulier, il est évident que l'ordonnance devrait être refusée, sauf au légataire qui se prétendrait lésé à se pourvoir devant le tribunal. Bien entendu que les héritiers peuvent de leur côté attaquer l'ordonnance qui prononce l'envoi, comme ayant été accordée mal à propos (2). — Pendant que durera ce débat sur la possession,

---

(1) *Conf.* Poitiers, 5 mars 1856 (Dev., 56, II, 205); Caen, 14 mai 1856 (Dev., 57, II, 119); Cass., 27 mai 1856 (Dev., 56, I, 711; Dall., 56, I, 249); Cass., 26 nov. 1856 (Dev., 57, I, 113; *J. Pal.*, 57, 648; Dall., 56, I, 429); Aubry et Rau (VI, § 710, p. 129); Massé et Vergé (III, p. 282, § 498, note 4); Troplong (n°ˢ 1827 et suiv.); *Dict. not.* (v° Envoi en possession, n°ˢ 19 et suiv.); Demolombe (IV, n° 505). — La possession et l'administration provisoire des biens de l'hérédité appartient dans ce cas aux héritiers naturels, par préférence au légataire institué, sans qu'il soit indispensable de nommer un séquestre. Poitiers, 5 mars 1856.

(2) Jugé que cette ordonnance n'est susceptible d'aucun recours (Bordeaux, 6 mai 1863 : Dev., 63, II, 155); qu'elle n'est pas susceptible d'appel (Douai, 21 juill. 1854; Paris, 25 mars 1854 : Dev., 56, II, 116; 54, II, 173; *J. Pal.*, 56, I, 409; 54, I, 439). Jugé, au contraire, qu'elle est susceptible d'appel (Riom, 6 mai 1850; Bourges, 30 juin 1854; Caen, 14 mai 1856; Paris, 10 janv. 1857 : Dev., 50, II, 454; 55, II, 16; 57, II, 119; Dall., 52, II, 131; 55, V, 21); qu'elle est susceptible d'opposition devant le président (Rennes, 20 janv. 1849 : Dev., 49, II, 576; Dall., 49, II, 234); d'opposition et d'appel (Bastia, 22 mars 1854 : Dev., 54, II, 173). Voy. *Dict. not.* (v° Envoi en possession, n°ˢ 28 et suiv.).

les biens qui en font l'objet peuvent être confiés jusqu'à fin de cause à la garde d'un tiers, d'après l'art. 1961, 2°, qui déclare que « la justice peut ordonner le séquestre des immeubles ou des choses mobilières dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes. »

II. — 112. Quand les héritiers reconnaissent que l'envoi en possession est prononcé dûment, c'est-à-dire que le testament ne présente aucune nullité apparente, aucun vice de forme évident, ils peuvent toujours attaquer ce testament pour telle ou telle autre cause : par exemple, en prétendant que l'écriture ou la signature du testament olographe n'appartient pas à leur auteur. Mais à qui incombera, dans ce cas, le fardeau de la preuve? Est-ce à l'héritier d'établir l'invalidité du testament? Est-ce au légataire d'en prouver la validité? Ainsi, pour l'écriture, est-ce à l'héritier de prouver qu'elle n'est pas de son auteur, ou au légataire de prouver qu'elle émane bien de lui?... C'est là une question qui divise depuis quarante ans la doctrine et la jurisprudence ; et pendant que les auteurs les plus récents la résolvent en faveur de l'héritier, elle est décidée en sens contraire par les derniers arrêts de la Cour de cassation (1).

Nous avons toujours pensé et nous pensons plus que jamais, malgré les arrêts de la Cour suprême, que c'est au légataire de prouver la sincérité de son titre. Le testament olographe, en effet, n'est qu'un acte sous seing privé. Il est dès lors susceptible de la vérification d'écriture (art. 1323 et 1324) et n'a pas besoin d'être attaqué par l'inscription de faux. Or, il est incontestable que, dans toute vérification d'écriture, c'est toujours lui qui est demandeur en vérification, alors même qu'il serait défendeur au principal dans le procès qui donne lieu à cette vérifica-

---

(1) *Contre l'héritier :* Toullier (V, 503); Grenier (*Donat.*, I, 292, *Quest.*); Duranton (IX, 46); Chauveau (sur Carré, *Quest.*, 799); Favard (*Rép.*, V, p. 565); Coin-Delisle (art. 1008, n°s 17 et 18) ; Bonnier (*Preuves*, n° 575) ; *Dict. not.* (v° Envoi en possession, n° 33) ; Turin, 10 janv. 1809; Caen, 4 avr. 1812; Rej., 28 déc. 1824; Rej., 10 août 1825; Bourges, 16 juill. 1827; Rennes, 16 juin 1835; Cass., 23 mai 1843; Poitiers, 11 août 1846; Rej., 9 nov. 1847; Cass., 13 mars 1849; Rej., 24 janv. 1850 (*J. Pal.*, 1843, II, 30; 1846, II, 619; 1848, I, 338; 1849, I, 642; 1850, II, 485); Cass., 21 juill. 1852, 23 août 1853; Caen, 8 juin 1855 (Dev., 52, I, 655; 53, I, 756; Dall., 52, I, 200; 53, I, 261).

Contre le légataire : Merlin (*Rép.*, v° Testament, sect. 2, § 4, art. 6, n° 5); Vazeille (art. 1008, n° 7); Boncenne (III, p. 455); Dalloz (v° Dispos. entre-vifs, ch. 6, sect. 3, art. 5) ; Coulon (*Quest.*, I, 368) ; Taulier (IV, p. 149) ; Zachariæ, Aubry et Rau (V, § 669 et note 6, p. 501); Demolombe (IV, n° 148); Duvergier (sur Toullier); Colmar, 12 juill. 1807; Bruxelles, 21 juill. 1810; Metz, 3 mai 1815; Rej., 13 nov. 1816; Bourges, 4 avr. 1827; Montpellier, 16 juin 1827; Rejet, 11 nov. 1829; Bourges, 10 mars 1834; Lyon, 11 mars 1839; Toulouse, 16 nov. 1839; Aix, 12 juin 1840; Besançon, 23 mars 1842; Rennes, 28 août 1847 (*J. Pal.*, 1839, II, 361; Dall., 40, II, 81; Dev., 42, II, 205); Caen, 2 juin 1851 (Dev., 52, II, 13; Dall., 53, II, 9); Douai, 10 mai 1854 (Dev., 54, II, 435); Douai, 8 fév. 1855 (Dev., 56, I, 481; Dall., 56, I, 216).

Le légataire universel, à la charge de qui a été mise en première instance, et faute par lui de s'être fait envoyer en possession, la vérification du testament dont l'écriture a été méconnue par les héritiers, ne peut, sur l'appel du jugement qui a déclaré qu'il n'avait pas prouvé la sincérité du testament, se prévaloir d'une ordonnance d'envoi en possession par lui obtenue subrepticement depuis ce jugement pour demander devant la Cour d'être déchargé de l'obligation de prouver la fausseté du testament litigieux. Cass., 21 mai 1860 (Dev., 61, I, 79; Dall., 60, I, 434).

tion. Ceci n'est pas douteux en face des art. 1325 du Code Napoléon et 199 du Code de procédure. — Toute la question est là; mais nous devons passer en revue les objections multipliées qu'on a successivement dirigées contre cette doctrine.

113. 1° On a commencé par soutenir que le testament olographe doit, après l'ordonnance en exécution de laquelle il est déposé chez un notaire, être considéré comme acte authentique, de nature dès lors à ne pouvoir plus être attaqué que par l'inscription de faux, dans laquelle c'est à l'adversaire de la pièce à faire preuve (Turin, 1809; Caen, 1812). Mais cette idée n'était pas soutenable en présence soit de l'art. 1317, qui ne reconnaît comme actes authentiques que ceux qui sont dressés *par des officiers publics,* soit de l'art. 999, qui déclare le testament olographe *acte sous signature privée.* Comme un acte ne saurait changer de nature parce qu'il est déposé en tel ou tel lieu, on a bientôt abandonné cet argument, qui, condamné par l'arrêt de cassation de 1816, ne s'est jamais produit depuis.

2° On a dit ensuite (notamment l'arrêt de Rennes de 1835) que si le testament est un acte privé, c'est du moins un acte d'une espèce particulière et qui ne reçoit pas l'application des art. 1322-1324, lesquels ne sont faits que pour les conventions. Mais le système adverse se condamne ici par une double contradiction. D'une part, si les art. 1322-1324 n'étaient point applicables au testament olographe, il n'y aurait donc pas lieu pour lui à la simple vérification d'écriture, mais seulement à l'inscription de faux : or les adversaires reconnaissent le contraire. D'autre part, ces articles ne sont pas seulement applicables aux conventions, puisqu'on y reconnaît soumis les testaments contenant des legs particuliers ou à titre universel, et même ceux contenant des legs universels, en présence d'héritiers à réserve, ou tant qu'il n'y a pas eu ordonnance d'envoi en possession.

3° On a dit (M. Bonnier) que la loi n'avait pas pu avoir la pensée de laisser le légataire dans l'obligation de prouver la sincérité du testament après beaucoup d'années et à un moment où ses moyens de vérification ont pu périr. Mais qui ne voit que l'objection existerait *pour tous les actes sous seing privé,* et n'irait à rien moins dès lors qu'à effacer du Code les art. 1322-1324 ? Qui ne voit aussi que le bénéficiaire de l'acte privé peut, s'il a des craintes, prendre le devant et provoquer lui-même la vérification ou la reconnaissance de son acte?

4° MM. Toullier, Duranton, Coin-Delisle et Chauveau, puis avec eux les arrêts de la Cour suprême, disent que le légataire prétendu, une fois qu'il a obtenu l'ordonnance d'envoi, étant ainsi en possession des biens, c'est, par conséquent, chez le prétendu héritier qui vient l'attaquer que se trouve la qualité de demandeur, et par suite l'obligation de faire la preuve... Mais il y a ici méconnaissance d'un des principes les plus élémentaires, et la constante reproduction de cette idée fausse devient vraiment étrange en présence de la réfutation réitérée dont elle a été l'objet. Oui, sans doute, l'héritier prétendu est demandeur principal et doit dès lors faire sa preuve *de demande;* mais c'est au deman-

deur de faire à son tour la preuve *d'exception;* or c'est de cette dernière qu'il s'agit. Sans doute, c'est à celui qui se prétend héritier légitime de prouver sa qualité (si on la conteste); mais quand cette qualité est une fois prouvée (ou reconnue), c'est à celui qui se prétend investi d'une qualité détruisant la première, de la qualité de légataire universel, de prouver à son tour cette qualité. Sans doute ACTORI *incumbit probatio*, mais aussi *reus excipiendo fit* ACTOR.

5° M. Chauveau, qui a du moins senti la justesse de cette réfutation, tâche d'y échapper en disant que le prétendu légataire ne deviendra point demandeur en exception, attendu qu'il n'opposera aucune exception, aucune défense, qu'il aura soin de ne rien dire et de garder le silence... Mais ceci est la meilleure preuve de la fausseté du système. Car il est évident que si le possesseur d'un bien, en présence de celui qui l'attaque en prouvant son droit à ce bien, se contentait (au lieu d'argumenter d'un droit plus fort) de dire qu'il n'a rien à répondre, ce possesseur serait nécessairement évincé... Il est bien évident que quand le demandeur a prouvé ou fait reconnaître son titre d'héritier légitime, le défendeur ne peut le repousser qu'en se fondant sur ce qu'il est héritier testamentaire; et que comme le premier a dû prouver, en cas de contestation, la prétention par laquelle il attaquait, le second doit prouver à son tour celle par laquelle il se défend.

6° Dira-t-on, comme M. Coin-Delisle et les arrêts de cassation, que le légataire universel étant saisi de plein droit par l'art. 1006, et deux saisines ne pouvant coexister, il s'ensuit que, par le fait même de l'existence de l'héritier testamentaire, l'héritier légitime perd sa qualité? Mais la pétition de principe est, en vérité, trop claire. Sans doute, les conséquences qu'on attribue à l'existence d'un héritier testamentaire sont réelles; mais la question est précisément de savoir s'il existe un héritier testamentaire, si celui qui se prétend légataire est légataire, si l'acte qu'il présente comme testament est un testament! L'héritier légitime soutient qu'il n'y a pas de testament, pas de légataire universel, pas de saisine, et le fait que vous prenez pour point de départ est précisément le point débattu, le point à discuter.

7° Dira-t-on enfin, toujours avec les arrêts de cassation, que le testament olographe est un acte *sui generis,* d'une nature *spéciale,* et jouissant *d'une force d'exécution toute particulière;* que la loi sanctionne ici provisoirement de simples probabilités, des apparences; et que partant de cette idée (émise dans la discussion au conseil d'État), qu'il y a plus de testaments olographes vrais que de faux, elle donne effet à l'acte avant toute justification et préliminairement? Mais, comme nous le disions dans nos plaidoiries lors de l'arrêt du 13 mars 1849 et de celui du 23 janvier 1850, il faut préciser cet effet provisoirement accordé par la loi, il faut rechercher en quoi consiste cette force d'exécution particulière. Or, ce qu'il y a ici de *particulier* dans la *force d'exécution* du testament, c'est que, d'après l'art. 1008, cet acte permet au légataire de se faire mettre avant tout débat, et au moyen d'une simple ordonnance non contradictoire, *en possession* des biens; en sorte que cette idée

aboutit encore à l'examen de l'influence de la possession sur la question de preuve, examen déjà fait plus haut (4° et 5°).

114. Donc le prétendu légataire universel aura, au moyen de son ordonnance d'envoi en possession, l'avantage de n'avoir point à faire la preuve *de demande* (et cet avantage est fort grand, puisque si, dans le débat entre le soi-disant légataire et un soi-disant héritier légitime, tous deux se trouvaient respectivement hors d'état de prouver rigoureusement leur prétention, c'est le prétendu légataire qui, par le seul effet de sa possession, aurait gain de cause); mais une fois cette preuve faite, c'est au légataire de faire sa preuve en défense : ACTORI *incumbit probatio, reus excipiendo fit* ACTOR (1).

1009. — Le légataire universel qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout; et il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles 926 et 927.

115. Le légataire universel, qui doit acquitter en entier les charges héréditaires (jusqu'à concurrence des biens) (2), quand il recueille toute la succession vu le défaut d'héritiers réservataires, n'en doit qu'une partie, bien entendu, quand le concours d'héritiers à réserve le réduit à n'avoir qu'une partie du patrimoine. Ainsi, quand il ne prend qu'un quart des biens, parce que le défunt laisse trois enfants ou davantage, acceptant tous la succession, il ne doit qu'un quart des dettes; si un seul enfant vient à la succession et que le légataire ait ainsi la moitié des biens, il devra la moitié du passif, et ainsi de suite. C'est la conséquence nécessaire, et souvent exprimée déjà, de ces deux idées : 1° que le légataire universel, appelé à l'universalité des biens, recueille ou la totalité ou une quote-part de cette universalité; et 2° que le patrimoine d'une personne, l'universalité de ses biens, n'est rien autre chose que l'ensemble de son actif diminué de l'ensemble de son passif.

Quant aux legs, comme ils doivent être acquittés non pas précisément par l'ensemble des biens, mais par la partie disponible de ces biens, le légataire universel, qui prend à lui seul tout le disponible, est donc tenu à lui seul de leur payement; seulement, quand son legs universel subit une réduction, la loi lui permet (art. 926) de faire subir aux autres legs

---

(1) On peut voir pour plus de développement notre article de la *Revue de dr. franç.* (1847, p. 933) et aussi la *Revue critique* (t. I, p. 277; t. II, p. 331 et 707; t. III, p. 946).

(2) Le légataire universel qui n'a pas accepté la succession sous bénéfice d'inventaire est tenu des dettes, et même des legs particuliers, comme un héritier, *ultra vires emolumenti* (Poitiers, 16 mars 1864 : Dev., 65, II, 63; *J. Pal.*, 65, 338. *Conf.* Demolombe, *Success.*, II, n° 522, et *Donat.* et *Test.*, IV, n°s 569 et suiv.; Massé et Vergé, III, § 496, note 8; Aubry et Rau, VI, § 723, p. 171), alors même que se trouvant en concours avec un héritier à réserve, il n'a pas la saisine légale (Cass., 13 août 1851 : Dev., 51, I, 657; Dall., 51, I, 281). Voy. *infrà*, art. 1017, n° 135.

une réduction proportionnelle. — Le légataire universel étant celui qui se trouve appelé à la totalité des biens, et le concours d'un héritier réservataire l'empêchant de prendre cette totalité, il semble que ce concours d'un réservataire donnera lieu à une réduction nécessairement et toujours, et on ne conçoit pas tout d'abord que notre article, en prévoyant ce concours, puisse dire que le légataire acquittera l'intégralité des legs, *sauf le cas de réduction*... Nous avons déjà résolu cette difficulté, en faisant observer que le legs peut être universel en appelant, non pas à tous les biens, mais aux biens disponibles. Le légataire, alors, quoiqu'il ait droit éventuellement à la totalité du patrimoine, n'étant appelé formellement qu'à la partie disponible, et le concours d'un ou plusieurs réservataires lui laissant toute cette partie, il se trouve qu'il n'y a plus de réduction; en sorte qu'un légataire universel, même en concours avec des réservataires, ne subit pas la réduction dans tous les cas (*voy.* art. 1003, et art. 926, n° 3).

SECTION V.

DU LEGS A TITRE UNIVERSEL.

1010. — Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier.

Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier.

SOMMAIRE.

I. L'ancienne jurisprudence n'admettait que deux classes de legs.
II. Des différentes espèces de legs à titre universel.
III. La classe des legs particuliers embrasse tout ce qui n'est pas legs universel ou à titre universel, d'après les art. 1003 et 1010, et notamment toute disposition d'usufruit : dissentiment avec M. Duranton.

I. — 116. Notre ancien droit ne connaissait pas de legs *à titre universel* distinct du legs *universel :* les expressions *legs universel* et *legs à titre universel* étaient synonymes, et indiquaient une seule et même classe de dispositions. Il n'y avait que deux catégories de legs : 1° le legs universel ou à titre universel, et 2° le legs particulier ou à titre particulier. On retrouve quelquefois dans le Code les restes de cette division. Ainsi, quand l'art. 871 oppose le légataire *à titre universel* au légataire *particulier*, en déclarant que le premier est soumis au payement des dettes dont le second est affranchi, il est clair que sous la qualification de légataire *à titre universel* il comprend aussi le légataire *universel*. Réciproquement, quand l'art. 909 oppose les dispositions *universelles* aux dispositions faites *à titre particulier*, il est bien évident qu'il embrasse dans une même expression et le legs *universel*, et aussi le legs *à titre universel*. C'est l'ancienne classification qui vient se replacer tout naturellement sous la plume de ceux-là mêmes qui l'ont supprimée, et qui auraient mieux fait de la conserver; car com-

ment trouver une base à la classification imaginée par le Code? comment trouver une cause logique de séparation entre les legs universels et les legs *à titre* universel, plutôt qu'entre les legs particuliers et les legs *à titre* particulier? Est-ce que ce n'est pas par son titre même que le légataire est ou n'est pas universel? est-ce que le legs et le titre ne sont pas la même chose?... Quoi qu'il en soit, le Code distingue trois classes de legs; et comme sa division, ridicule quant aux qualifications, n'est pas inapplicable aux choses, c'est un devoir de la suivre scrupuleusement. Nous distinguerons donc aussi: 1° le legs universel, 2° le legs à titre universel, et 3° le legs particulier ou à titre particulier.

Si le legs universel est facile à caractériser en peu de mots, il n'en est pas de même du legs à titre universel, ni du legs particulier: l'un ne peut être défini que par l'indication successive des quatre branches dans lesquelles il se subdivise; l'autre ne peut l'être que négativement, en disant que le legs particulier est celui qui n'est ni universel ni à titre universel.

II. — 117. Quant au legs à titre universel, d'abord, il en existe, ainsi que nous venons de le dire, quatre espèces, qui nous sont indiquées (en termes peu exacts) par le premier alinéa de notre article. Le legs à titre universel, en effet, est celui par lequel le testateur dispose: ou 1° d'une part aliquote de l'universalité de ses biens; ou 2° de l'universalité de ses biens immeubles; ou 3° de l'universalité de ses biens meubles; ou 4° d'une part aliquote de l'une ou de l'autre de ces deux universalités.

Nous présentons d'abord comme legs à titre universel celui qui attribue une quote-part de l'universalité des biens: *de tous les biens*, et non pas seulement *des biens disponibles*, comme le dit à tort notre article, qui induirait en erreur si on s'en tenait à ses termes. Ainsi, quand je n'ai qu'un enfant et que je lègue à Pierre la moitié de mes biens, quelle est la nature de ce legs? Ce n'est pas un legs universel, puisqu'il ne donne aucun droit, pas même éventuel, à la totalité des biens (art. 1003). Si on s'en tenait à notre article, ce ne serait pas non plus un legs à titre universel; car il ne dispose ni de tous les immeubles, ni de tous les meubles, ni d'une quote des immeubles ou des meubles, ni enfin d'une quote de biens disponibles (car il attribue tout le disponible). Ce serait donc un legs particulier. Mais il est bien évident que non; car, s'il est vrai que je ferais un legs à titre universel en léguant la moitié de mon disponible, c'est-à-dire le *quart* de mes biens, comment mon legs pourrait-il être d'une nature moins énergique quand j'ai légué la *moitié* de ces mêmes biens?

Il y a donc rédaction inexacte dans les premières lignes de notre article. Sans doute, le legs qui dispose d'une quote du disponible est aussi un legs à titre universel; car le disponible (quand il n'est pas l'universalité même) étant lui-même une quote de l'universalité, la quote du disponible se trouve donc être une quote de quote, une fraction de fraction, et, par conséquent, une fraction de l'unité même; en d'autres termes, une quote du disponible est en même temps une

quote de l'ensemble des biens. Mais s'il est vrai que tout legs d'une quote du disponible soit un legs à titre universel de la première espèce, il n'est pas vrai réciproquement que tout legs de cette première espèce ait pour objet une quote du disponible. Il fallait donc prendre l'idée la plus large, la plus compréhensive, en présentant comme première espèce de legs à titre universel, celui dans lequel le testateur dispose d'une quote-part *de ses biens*.

118. Les trois autres espèces de legs sont indiquées exactement; il faut seulement avoir soin de remarquer que, quand la loi parle ici de legs disposant de tous les immeubles ou de tout le mobilier, elle suppose que la disposition porte sur les immeubles ou sur les meubles considérés en masse et dans leur ensemble (1). Ainsi, celui qui, n'ayant d'autres immeubles que deux maisons et deux fermes, léguerait à Pierre sa maison de Paris, sa maison de Sceaux, puis sa ferme de Normandie et celle de Picardie; celui-là, quoiqu'il eût légué tous ses immeubles, n'aurait pas fait un legs à titre universel, mais un legs particulier, parce qu'il aurait légué tels et tels immeubles, déterminés et considérés isolément, et non pas l'ensemble, l'universalité de ses immeubles. — On ne conçoit pas facilement aujourd'hui ces trois espèces de legs universels. Sous nos coutumes, alors qu'on distinguait la succession aux immeubles et la succession aux meubles (en sorte que chacune de ces classes de biens formait une universalité, une masse à part, ayant son passif séparé), on comprend que la disposition d'une de ces masses de biens formait un legs *universel*, puisque c'était le legs d'une *universalité*; mais aujourd'hui que la loi ne considère pas plus la nature que l'origine des biens (art. 732); que les immeubles et les meubles ne forment plus deux successions, mais une succession unique, une seule universalité, il fallait, pour être logique, ne voir que des legs particuliers dans les dispositions dont il s'agit ici. Quoi qu'il en soit, la loi est formelle, et nous devons l'accepter telle qu'elle est.

III. — 119. Toute disposition qui ne rentre pas dans les définitions ci-dessus données des legs universels et à titre universel, constitue un legs particulier (2).

Ainsi, celui qui lègue tous ses immeubles, mais comme biens déterminés, et non en masse; celui qui lègue, même en masse et dans leur ensemble, toutes ses maisons, tous ses bois, tous ses immeubles des colonies ou de tel département, et qui exclut ainsi ses autres immeubles, ne font que des legs particuliers. Il en serait de même du legs que ferait une personne de tous les biens composant telle succession à elle échue; ces biens, qui formaient précédemment une universalité, n'en font plus une depuis qu'ils sont venus se confondre dans le patri-

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Legs, n°s 53 et suiv.).

(2) Est un legs particulier le legs de certains biens déterminés, quoique le testateur ait fait suivre l'énumération des biens légués de ces mots : *enfin tous les biens dont je n'ai pas disposé*. Cass., 25 avr. 1860 (Dev., 60, I, 635; Dall., 60, I, 230; *J. Pal.*, 61, 263). *Voy.* aussi Cass., 20 juin 1854 (Dev., 54, I, 476; Dall., 54, I, 231; *J. Pal.*, 54, II, 212).

moine du testateur; ils constituent avec ses autres biens une seule et même masse, dans laquelle ils ne sont plus que des biens particuliers, et leur disposition dès lors forme un legs particulier. Il en sera ainsi encore de toutes dispositions d'usufruit, si étendu que cet usufruit puisse être (1). Ainsi, quand je lègue la jouissance de tous mes immeubles, ou de la moitié de tous mes biens, ou même de l'entière universalité de ces mêmes biens, je ne fais toujours qu'un legs particulier. Du moment, en effet, que je n'ai légué que la jouissance, tous mes biens demeurent donc dans ma succession *ab intestat*, et je n'ai disposé ni de l'universalité de mes biens, ni d'une quote de cette universalité, ni de mes immeubles ni de mes meubles, ni d'une quote de mes immeubles ou meubles, en sorte que ma disposition, quoi que M. Duranton puisse dire, tombe sous cette règle finale de notre article : « Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier. » Et la preuve qu'il en est bien ainsi, c'est que les légataires universels ou à titre universel payent nécessairement leur part et portion des dettes (art. 1009 et 1012), tandis que le légataire d'un usufruit, même d'un usufruit universel, n'en paye jamais la moindre parcelle. L'art. 612, invoqué bien à tort par M. Duranton, démontre précisément que l'usufruitier, même universel ou à titre universel, ne supporte jamais que les *intérêts* des dettes : or, payer les intérêts d'une dette, ce n'est pas acquitter une portion de la dette ; car, après avoir payé ces intérêts très-exactement pendant 10, 12 ou 15 années, la dette n'aura pas diminué d'un centime. — Sans doute, on peut parler de legs universels et à titre universel de l'usufruit; le Code le fait dans l'art. 610. Mais il faudra remarquer que ce ne sont pas des legs universels ordinaires et proprement dits. Il faudra surtout se garder d'imiter M. Duranton, qui, tout en prétendant ici que les legs faits en usufruit dans les limites de notre art. 1010 sont des legs à titre universel (IX, 208), reconnaît ailleurs (n° 189, 2e alin.) que le legs fait en usufruit dans les limites plus larges de l'art. 1003 n'est pas un legs universel. Il est bien clair que si l'on admet, comme manière de parler, des legs à titre universel d'usufruit, il faut admettre de même les legs universels d'usufruit.

1011. — Les légataires à titre universel seront tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi; à leur défaut, aux légataires universels; et à défaut de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre *Des Successions*.

---

(1) *Conf.* Bordeaux, 19 fév. 1853 (Dev., 53, II, 327; *J. Pal.*, 53, II, 435); Riom, 26 juill. 1862 (Dev., 63, II, 1; *J. Pal.*, 63, 113). *Adde:* Rouen, 2 mars 1853 (Dev., 53, II, 549; Dall., 54, II, 111; *J. Pal.*, 53, I, 496); Demolombe (X, n° 258); Aubry et Rau (VI, § 714, p. 147, texte et note 16); *Dict. not.* (v° Legs, n° 46). — Jugé, au contraire, que le legs de l'usufruit de la totalité des biens composant la succession constitue un legs à titre universel. Cass., 8 déc. 1862 (Dev., 63, I, 34; Dall., 63, I, 73; *J. Pal.*, 63, 113). *Sic* Troplong (n° 1843); Massé et Vergé (III, § 487, p. 249 et 250).

120. Le légataire à titre universel n'étant jamais appelé à la totalité des biens, il ne pourrait pas être investi de la saisine pour aucun cas, et il doit toujours demander la délivrance. Les diverses personnes auxquelles il doit s'adresser, selon les circonstances, nous sont indiquées par notre article, dont le tableau a toutefois besoin d'être complété.

Ainsi, quand la succession entière est recueillie par un ou plusieurs héritiers, réservataires ou non, et qui se partagent tout le disponible (par exemple, un seul enfant, ou trois ou quatre enfants, ou les père et mère, ou un frère seul, ou plusieurs frères et sœurs, ou un ascendant d'une ligne et un collatéral non privilégié de l'autre ligne), c'est à cet héritier unique, ou à tous ces héritiers ensemble, que la délivrance doit être demandée. — Si la succession est partagée entre divers héritiers dont les uns seulement sont réservataires, et que le partage n'ait donné aux premiers que leur réserve (le père et la mère, ou l'un des deux seulement, avec des frères et sœurs ou descendants d'eux), c'est alors aux héritiers non réservataires seulement que la délivrance doit être demandée, puisque eux seuls détiennent le disponible. — S'il y a un légataire universel, et que ce légataire soit saisi de plein droit, vu l'absence d'héritiers réservataires, c'est à lui que la délivrance doit être demandée; si ce légataire universel n'est pas saisi, vu la présence d'héritiers réservataires, mais que la délivrance lui ait été faite, c'est encore à lui qu'il faut s'adresser, puisque c'est lui qui détient le disponible; que si, enfin, ce légataire universel non saisi n'a pas encore obtenu la délivrance, c'est à l'héritier ou aux divers héritiers que le légataire à titre universel devra s'adresser, puisque ce sont eux qui se trouvent saisis et en possession de toute la succession. — S'il n'y a ni héritier réservataire, ni légataire universel, ni aucun héritier non réservataire, et que la succession soit ainsi dévolue aux successeurs irréguliers (enfants naturels, conjoint survivant ou l'État), c'est à eux, s'ils se sont fait envoyer en possession (art. 724, 770 et 773), de faire la délivrance, puisqu'ils détiennent la succession; si enfin aucun successeur irrégulier ne s'est fait mettre en possession, le légataire à titre universel doit s'adresser à la justice pour faire nommer un curateur à la succession vacante, et c'est contre ce curateur qu'il dirigera sa demande (1).

121. Nous avons vu, sous l'art. 1005, que c'est seulement du jour où il demande la délivrance, ou l'obtient amiablement, que le légataire à titre universel a droit aux fruits.

1012. — Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout.

122. Le légataire à titre universel prenant part aux biens considérés en masse et comme universalité, et les dettes étant à la charge

(1) *Voy.* Cass., 13 nov. 1855 (Dev., 56, I, 5; Dall., 56, I, 186; *J. Pal.*, 56, II, 13).

›tte universalité, il doit donc contribuer au payement de ces
s.

part contributoire du légataire à titre universel est bien facile à dans les legs de la première espèce, c'est-à-dire quand ce légataire l une quote-part de tous les biens : c'est la quote-part correspon- des dettes ; s'il a le quart ou le tiers des biens, il payera le quart tiers des dettes. — Dans les autres legs à titre universel, c'est-à- [uand le légataire prend tous les immeubles, ou tous les meubles, ne quote de ces immeubles ou de ces meubles, il faut calculer fraction l'objet du legs représente par rapport à l'unité de la ssion, et mettre à la charge du légataire une fraction correspon- des dettes. Ainsi, par exemple, si les immeubles forment le tiers succession, et que le legs soit du tiers des immeubles, le léga- prend donc le neuvième de tous les biens, et doit, par consé- :, payer la neuvième partie des dettes.

›13. — Lorsque le testateur n'aura disposé que d'une quotité de rtion disponible, et qu'il l'aura fait à titre universel, ce légataire enu d'acquitter les legs particuliers par contribution avec les hé- s naturels.

3. Les dettes étant une charge de l'ensemble de la succession, et ataire à titre universel ne prenant jamais cette succession entière, doit jamais la totalité des dettes, mais seulement une partie. Il est pas ainsi des legs particuliers : il ne les doit quelquefois aussi partie, mais il les doit quelquefois en entier. Les legs, à la diffé- des dettes, doivent être pris en entier sur la portion disponible ; :te qu'on les doit, non pas en proportion de ce qu'on prend dans alité des biens, mais en proportion de ce qu'on prend dans le dis- le. Donc, si le légataire à titre universel prend tout le disponible ; lui a légué le quart, le tiers, la moitié, quand il n'y avait de dis- le que ce quart, ce tiers ou cette moitié, il acquittera seul tous gs particuliers, et ce quand même ces legs épuiseraient le sien. i (et c'est là le cas de notre article) on ne lui a légué qu'une par- disponible, il n'acquittera ces legs particuliers que pour une par- oportionnelle, et le reste sera à la charge de l'héritier à qui passe e portion du disponible.

ısi, qu'une personne qui n'a qu'un enfant, et dont le disponible ès lors de moitié, lègue à Pierre le quart de son bien (moitié du nible), Pierre acquittera la moitié du legs particulier, et l'héritier onserve le second quart disponible en payera l'autre moitié ; que estateur avait légué à Paul le second quart disponible, ce serait ce d légataire à titre universel qui acquitterait la seconde moitié des et l'héritier n'aurait rien à payer.

4. Ce principe, que les legs particuliers sont à la charge des lé- 'es à titre universel en proportion de la fraction que ceux-ci pren- dans le disponible, reçoit exception dans un cas : c'est quand il

existe un légataire à titre universel d'une certaine espèce de biens, et qu'il s'agit de legs particuliers ayant pour objet des biens de cette même espèce. Ainsi, quand le testateur a légué à Pierre tous ses immeubles, et à Paul sa maison de la rue Vivienne, c'est Pierre qui doit supporter seul le legs de la maison, sans que l'héritier doive y contribuer en rien, quand même le legs à titre universel de tous les immeubles n'équivaudrait pas à la totalité de la portion disponible. Il est clair, en effet, que le testateur a fait alors le legs particulier comme une restriction de l'autre, et que, dans sa pensée, le legs à titre universel signifie : Pierre aura tous mes immeubles, à l'exception de ma maison. Ainsi encore, s'il y a un légataire de tout le mobilier, et que le testateur ait légué à d'autres sa bibliothèque, ou son argenterie, ou l'un de ses quatre chevaux, etc., ces différents legs seront évidemment à la charge exclusive du légataire de tous les meubles.

125. Mais il ne faut pas admettre, comme M. Duranton (IX, 218), que ce légataire de toute une classe de biens payerait seul tous les legs de biens de la même classe, alors même qu'ils seraient faits *in genere,* pourvu que la succession comprît des biens de la même espèce. Ainsi, quand le testateur a légué une somme de... sans rien déterminer autrement, la circonstance qu'il y a dans la succession assez de numéraire pour acquitter ce legs, n'est pas une raison pour le mettre en entier à la charge du légataire du mobilier. Il faut, comme l'enseignent fort bien Delvincourt, Toullier (V, 559) et M. Vazeille (n° 3), que l'objet légué soit déterminé sinon *in ipso individuo,* comme tel navire, au moins comme étant l'un des biens héréditaires, comme dans le legs de l'un des quatre chevaux. Pour que le legs de *tel* ou *tel meuble* soit une restriction apportée au legs général de *tous les meubles de la succession,* il faut qu'il soit certain que le testateur a entendu parler de tel ou tel des *meubles compris dans cette succession.* Il est vrai que ce pourra être là une question d'intention appréciable par les circonstances; mais le principe de M. Duranton est inexact comme principe.

SECTION VI.

DES LEGS PARTICULIERS.

1014. — Tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause.

Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'article 1011, ou du jour auquel cette délivrance lui aurait été volontairement consentie.

126. Quoique cet article soit placé sous la rubrique *Des Legs particuliers,* son premier alinéa s'applique cependant à toute espèce de

legs, même aux legs universels ou à titre universel ; et il en est autrement du second, dont les legs particuliers sont vraiment l'unique objet.

Le droit que fait naître le legs, que ce legs soit universel, à titre universel ou particulier, s'ouvre du jour même du décès du testateur, quand ce legs est pur et simple ; si le legs était conditionnel, le droit ne s'ouvrirait que du jour de l'accomplissement de la condition, comme le déclare l'art. 1040. On voit que la qualification de *pur et simple* est prise ici *lato sensu,* comme synonyme de *non conditionnel,* et pour embrasser aussi le legs à terme.

127. Le droit que produit le legs, et que notre alinéa qualifie de droit *à la chose,* sera tantôt un simple *jus ad rem,* mais tantôt aussi un *jus in re,* selon les circonstances. Ainsi, par exemple, quand le legs a pour objet une somme d'argent, il est bien clair que le légataire n'a pas immédiatement le *jus in re,* mais une simple créance, un *jus ad rem,* qui ne produira le droit de propriété qu'au moyen de la tradition de l'argent ; si, au contraire, le legs a pour objet un ou plusieurs corps certains et déterminés, le légataire en sera propriétaire immédiatement. Dans tous les cas et quelle que soit la nature du droit engendré par le legs, ce droit, dans le legs pur et simple, c'est-à-dire non conditionnel, appartiendra dès le décès même au légataire, qui peut dès ce moment le transmettre soit par acte entre-vifs, gratuit ou onéreux, soit par testament, soit par succession *ab intestat.*

128. Le légataire particulier, comme le légataire à titre universel, comme le légataire universel non saisi (1), ne peut pas se mettre en possession lui-même ; il lui faut se faire délivrer les choses léguées, par les personnes dont nous avons présenté le tableau sous l'art. 1001 en parlant du légataire à titre universel (tableau auquel il faut ajouter ici ce légataire à titre universel lui-même, puisque lui aussi peut être l'un des débiteurs, ou même le seul débiteur du legs particulier). C'est du jour de la délivrance, judiciairement demandée ou volontairement consentie, que le légataire particulier, comme le légataire à titre universel, a droit aux fruits ou intérêts de la chose (*voy.* art. 1005). — La nécessité pour les légataires d'obtenir la délivrance est une des règles fondamentales du système de succession testamentaire ; c'est une loi d'ordre public, qui, notamment, empêche le légataire de venir s'em-

---

(1) L'héritier légataire est tenu, de même que tout autre légataire, de demander la délivrance à ses cohéritiers. Aubry et Rau (VI, § 718, p. 154) ; Troplong (n° 1879) ; Demolombe (IV, n° 619) ; *Dict. not.* (v° Déliv. de legs, n° 20). — La demande en délivrance d'un legs à elle fait, formée par une commune avant d'avoir été autorisée par le gouvernement à accepter ce legs, mais après acceptation provisoire du maire, fait courir les intérêts du legs. Paris, 19 mai 1851 (Dev., 51, II, 368). *Contrà :* Aubry et Rau (VI, § 718, p. 157) ; Demolombe (IV, n° 624). — Mais la demande en délivrance d'un legs fait à un établissement public qui n'est pas investi du droit d'acceptation provisoire, tel qu'un bureau de bienfaisance ou un hospice, formée avant que le gouvernement ait autorisé l'acceptation de ce legs, n'en fait pas courir les intérêts. Cass., 13 nov. 1849 (Dev., 50, I, 198 ; Dall., 49, I, 298 ; *J. Pal.*, 50, I, 227) ; Paris, 27 janv. 1850 (Dev., 51, II, 72 ; Dall., 51, II, 58) ; Cass., 24 mars 1852 (Dev., 52, I, 397 ; Dall., 52, I, 113). *Voy.* cependant Amiens, 8 mars 1860 ; Agen, 29 mars 1860 (Dev., 60, II, 161 et 339).

parer par voie de fait du bien légué; on ne peut donc jamais en être affranchi. Il suit de là que la dispense prononcée par le testateur ne serait pas valable, et que si la chose léguée se trouvait aux mains d'un tiers, le légataire, tout propriétaire qu'il est, ne pourrait pas la revendiquer avant d'avoir agi en délivrance contre l'héritier (1).

1015. — Les intérêts ou fruits de la chose léguée courront au profit du légataire, dès le jour du décès, et sans qu'il ait formé sa demande en justice,

1° Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté, à cet égard, dans le testament;

2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliments.

SOMMAIRE.

I. L'article indique deux cas d'exception à la règle portée pour les fruits par l'article précédent. Observation sur ces deux exceptions.

II. Il y a encore exception, 3° quand le testateur a déclaré dispenser le légataire de demander la délivrance; 4° quand le légataire se trouve, dès avant le décès, en possession de la chose léguée.

I. — 129. La loi nous présente ici deux exceptions au principe qui n'attribue au légataire les fruits de la chose léguée qu'à partir de la délivrance amiablement consentie ou judiciairement demandée; et elle déclare que, dans les deux cas indiqués, le légataire aura droit aux fruits du jour même du décès du testateur.

La première exception, applicable à tout objet légué, a lieu quand le testateur a déclaré lui-même attribuer les fruits du jour de son décès. Mais il faut d'abord que cette volonté soit expresse, formelle. Sans doute, il n'est pas nécessaire que le testateur ait précisément dit : « Je veux que mon légataire ait les fruits du jour de mon décès » ; il peut émettre sa volonté en termes quelconques; mais, enfin, il faut que cette pensée soit exprimée, et on ne pourrait pas l'induire, par présomption, de telle ou telle circonstance. Il faut, en outre, que l'expression de cette volonté se trouve dans le testament ou du moins dans un testament (car on conçoit qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit dans le testament même qui contient le legs) : si elle était exprimée dans un écrit qui ne présenterait pas les caractères testamentaires, elle resterait sans effet. On comprend, au surplus, que si cette déclaration était écrite, datée et signée par le testateur, elle constituerait à elle seule un testament olographe; car elle présenterait une disposition de biens : c'est disposer d'une partie de ses biens que de léguer des fruits (2).

La seconde exception ne s'applique qu'au legs d'une rente viagère

(1) *Conf.* Aubry et Rau (VI, § 718, p. 155); Demolombe (IV, n°s 553 et 622); *Dict. not.* (v° Déliv. de legs, n° 18).

(2) *Voy.* Douai, 8 mai 1847 (Dev., 48, II, 44).

ou d'une pension, et elle a lieu quand cette rente ou cette pension est léguée à titre d'aliments. Comme on le voit, il n'est pas exigé ici que l'idée du testateur de faire sa libéralité comme moyen alimentaire soit exprimée : il suffit que le fait existe, et c'est aux tribunaux, en cas de désaccord, à en constater l'existence ou la non-existence, d'après la position du légataire et les autres circonstances du procès.

Ainsi donc, dans les deux cas de notre article, le légataire, à quelque époque qu'il forme sa demande et quand ce serait plus d'une année après le décès (parce que ce légataire, par exemple, se serait trouvé absent lors de la mort du testateur et n'aurait connu que fort tard sa libéralité), aura droit, à partir de ce décès même, aux produits, intérêts ou fruits quelconques de l'objet quel qu'il soit, dans le premier cas ; et, dans le second, aux arrérages de la rente ou pension (1).

II. — 130. Les deux cas d'exception indiqués par notre article ne sont pas les seuls qu'il faille reconnaître, il doit en être ajouté deux autres :

1° Nous avons dit sous l'article précédent que la nécessité pour le légataire de demander la délivrance étant une règle d'ordre public, le testateur ne pourrait pas l'en dispenser, même par une disposition formelle du testament. Mais si une pareille clause ne peut pas produire tout l'effet que le testateur en attendait, parce que cet effet complet contrarie des lois auxquelles il n'est pas permis de déroger, rien ne peut l'empêcher de produire l'effet moins étendu que les lois autorisent. Or, dire qu'on dispense un légataire de se faire délivrer l'objet légué, qu'on lui donne le droit de s'en emparer de lui-même et sans avoir besoin d'avertir personne, quand il voudra et immédiatement après le décès, c'est bien dire qu'on lui confère pour ce moment du décès le droit le plus entier sur la chose léguée, et la propriété et la jouissance de l'objet ; et puisque la loi permet positivement au testateur de donner à son légataire la jouissance immédiate à partir du décès, il n'y a ni

---

(1) La rente, soit viagère, soit perpétuelle, est, on le sait, le *droit* de recueillir la prestation périodique de certaines valeurs en argent ou en denrées (art. 529, n° III) ; les produits ou fruits de la rente se nomment *arrérages*. Les arrérages d'une rente ne sont pas plus la rente que les fruits annuels que me donne mon usufruit ne sont l'usufruit : l'usufruit est un *droit*, une chose incorporelle, *ipsum jus utendi-fruendi* ; la rente est aussi un droit dont les arrérages sont les fruits civils.

On peut donc trouver étrange l'interprétation nouvelle que M. Coin-Delisle donne de notre article en combattant tous les auteurs (n°s 21-23). Selon lui, les arrérages de la rente, c'est la rente même, et les fruits de la rente sont les intérêts que peuvent produire les sommes dues pour arrérages échus ! D'après ce principe singulier, le légataire d'une rente viagère (ou d'une pension) aurait toujours droit aux arrérages à partir du décès, quand même son legs ne serait pas à titre d'aliments ; et quand il est à titre d'aliments, il aurait droit, sans aucune demande, aux intérêts des arrérages échus qui ne lui seraient pas immédiatement payés.

Cette théorie n'est pas plus exacte que celle dans laquelle le même auteur enseigne (n°s 3 et 4) que tout legs pur et simple produit pour le légataire, dès le décès du testateur, la *propriété* des choses léguées. Nous ne concevons pas comment M. Coin-Delisle s'explique que le légataire devienne propriétaire dès le décès, quand le legs a pour objet une somme d'argent, une chose indéterminée, un genre, un fait, etc... Il est bien évident que le legs ne produit, dans ces différents cas, qu'un droit personnel, une créance contre le débiteur du legs.

raison ni prétexte pour la lui refuser dans ce cas, qui, au fond, rentre dans le 1° de notre article.

2° Quand, au décès du testateur, le légataire se trouve déjà en possession de l'objet légué, il est clair qu'il n'y a pas lieu pour lui d'aller en demander la remise à l'héritier ou autre débiteur du legs. Sans doute, il devra faire régulariser sa position vis-à-vis de celui-ci, et lui demander un écrit qui aura pour objet, non plus de constater (comme dans les autres cas), mais de remplacer la délivrance de fait; mais puisque, dès le décès, il a tout ensemble et la propriété et la possession de l'objet, il nous paraît évident que c'est lui qui doit en recueillir les fruits à compter de ce moment même. Ainsi, par exemple, quand Pierre me doit 10 000 francs, et que je lui lègue ces 10 000 francs, c'est-à-dire la libération de la créance que j'ai contre lui, il est clair qu'à partir du moment même de mon décès, il n'aura plus à payer d'intérêts pour cette créance éteinte par ma mort, et qu'il n'y aura pas lieu d'attendre une demande en délivrance pour que les fruits des 10000 francs légués lui appartiennent. — M. Duranton (IX, 272) est d'un avis contraire; mais notre doctrine est celle de la généralité des auteurs anciens et modernes, qui enseignent tous que si le légataire ne peut pas *se mettre* de lui-même en possession, rien ne l'empêche de se maintenir dans la possession qu'il a déjà (1).

131. Nous reconnaissons donc quatre cas dans lesquels les fruits de la chose léguée appartiennent au légataire dès le décès : 1° quand le testateur s'en est expliqué; 2° quand il a légué une pension ou une rente viagère à titre d'aliments; 3° quand il a déclaré dispenser le légataire de la demande en délivrance; 4° enfin, quand il a légué une chose qui se trouve déjà en la possession de fait du légataire.

Quant à l'opinion d'après laquelle les fruits appartiennent également au légataire du jour même du décès toutes les fois que l'objet légué est un usufruit, nous l'avons suffisamment réfutée sous l'art. 604 pour n'avoir pas besoin d'y revenir ici.

1016. — Les frais de la demande en délivrance seront à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale.

Les droits d'enregistrement seront dus par le légataire.

Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné par le testament.

Chaque legs pourra être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayants cause.

(1) *Voy.* Pothier (ch. 5, sect. 2); Furgole (*Testam.*, ch. 10); Merlin (*Rép.*, v° Légat.); Grenier (n° 301); Toullier (V, 541); Delvincourt, Proudhon (*Usuf.*, n° 386); Dalloz (ch. 7); Poujol (art. 1006, n° 5); Coin-Delisle (n° 27); Demolombe (IV, n° 618); Aubry et Rau (VI, § 718, p. 154, texte et note 4). *Conf.* Limoges, 5 juin 1846 (Dev., 46, II, 578; Dall., 49, II, 88); Riom, 11 avr. 1856 (Dev., 56, II, 602; Dall., 57, II, 22); Montpellier, 23 juin 1858 (Dev., 59, II, 536; Dall., 60, II, 38); Cass., 25 janv. 1865 (Dev., 65, I, 88, Dall., 65, I, 108).

132. Les frais auxquels la délivrance peut donner lieu doivent être supportés par la succession débitrice des legs, d'après ce principe de droit commun que les frais du payement sont à la charge du débiteur, parce qu'ils sont un accessoire et une partie de sa dette (art. 1248). Il n'en est ainsi, cependant, qu'autant que la valeur cumulée des faits de délivrance et du capital des legs ne dépasse pas la quotité disponible, parce qu'en effet ce n'est pas toute la succession, mais seulement le disponible, qui doit les legs, et que la réserve ne peut jamais être entamée (1). — Quant aux droits d'enregistrement, c'est-à-dire de mutation de la propriété, ils sont toujours dus par celui qui acquiert cette propriété; et par conséquent, ici, par le légataire. — Le disposant peut toutefois changer à son gré l'une ou l'autre règle, en ordonnant que les frais de délivrance seront supportés par le légataire, ou qu'au contraire la succession (dans sa partie disponible, toujours) payera les frais d'enregistrement.



Notre article, au surplus, apporte aux anciens principes, en ce qui touche les frais de mutation, un changement que réclamait l'équité. Autrefois, celui de plusieurs légataires qui voulait faire enregistrer devait faire faire et payer l'enregistrement du testament entier, sauf son recours contre les autres légataires; aujourd'hui, il peut faire faire, pour son legs seulement, un enregistrement partiel, qui, bien entendu, n'aura d'effet que pour lui.

1017. — Les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans la succession.

Ils en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs.

SOMMAIRE.

I. Trois actions compètent aux légataires pour faire exécuter leurs legs : l'action personnelle, la revendication et l'action hypothécaire. — Critique de la théorie du Code quant à cette dernière.

II. L'acquittement des legs n'est jamais dû *ultra vires bonorum*.

I. — 133. Le légataire a, pour poursuivre l'exécution de son legs : 1° une action personnelle contre le débiteur ou les divers débiteurs de ce legs, c'est-à-dire contre les débiteurs à titre universel de la quotité disponible; 2° une action hypothécaire contre tout détenteur d'un immeuble de la succession; 3° enfin, et quoique notre article n'en parle pas, une action réelle en revendication, quand le legs porte sur un corps certain et déterminé, et qu'il confère ainsi au légataire la propriété ou un démembrement de cette propriété.

---

(1) Les frais d'inventaire, de partage et de liquidation, ayant lieu dans un intérêt commun, sont à la charge des héritiers et des légataires dans la proportion de leurs droits, peu importe que la quotité disponible ait été épuisée. Cass., 29 juill. 1861 (Dev., 62, I, 716; Dall., 62, I, 288).

L'action personnelle, fondée sur l'obligation à laquelle se soumettent les successeurs généraux en acceptant soit la succession, soit le legs universel ou à titre universel, se divise, en cas de plusieurs débiteurs du legs, en proportion de ce que chacun d'eux prend, non pas précisément dans la succession, comme le dit notre article, mais dans la quotité disponible, puisque c'est sur le disponible seulement, et non sur l'ensemble de la succession, que les legs, à la différence des dettes, doivent se payer (art. 1013, n° 1).

134. Quant à l'action hypothécaire, c'est par une intelligence tronquée du droit romain, et par une fausse application de l'indivisibilité de l'hypothèque, que notre article l'accorde *pour la totalité du legs* contre chaque détenteur d'un immeuble héréditaire. Qu'un légataire ait de plein droit hypothèque sur tous les immeubles de la succession pour la garantie de son legs, c'est fort bien; mais il est clair qu'il ne devait avoir cette hypothèque que dans les limites de ce que chaque détenteur lui doit... Soit trois héritiers, chacun pour un tiers, et un legs de 12000 francs : chacun des trois héritiers, en acceptant la succession, devient débiteur d'un tiers du legs ou 4000 francs; mais si le légataire n'est créancier de chaque héritier que pour 4 000 francs, comment donc lui donnez-vous hypothèque contre lui pour 12000 francs? Est-ce qu'une hypothèque peut être plus étendue que la créance qu'elle garantit?

N'allez pas comparer ce cas de legs avec le cas d'une dette qui aurait passé du défunt à ses héritiers. Quand une personne contre laquelle j'ai une créance de 12000 francs, hypothéquée sur ses trois immeubles, meurt laissant trois héritiers dont chacun prend un de ces immeubles, il est vrai que j'ai hypothèque sur chaque immeuble pour mes 12000 francs, quoique l'héritier de ce défunt ne m'en doive que 4000 personnellement; mais voici pourquoi... J'ai eu d'abord une créance *unique* de 12000 francs; car il n'y avait qu'un débiteur, qu'une seule dette. Cette dette de la personne aujourd'hui défunte est devenue celle de ses immeubles par l'hypothèque qui m'a été consentie sur eux, et j'ai eu alors pour débiteurs, d'un côté la personne, de l'autre les immeubles; la personne me devait 12000 francs, et les immeubles me devaient les mêmes 12000 francs; et comme la dette hypothécaire est indivisible, chacun des trois immeubles et chaque parcelle de chacun d'eux me devaient 12000 francs. Donc, quand la personne a cessé de vivre, la dette personnelle s'est bien divisée par tiers entre ses trois représentants, qui ne continuaient le rôle de cette personne que pour un tiers chacun; mais elle est restée entière contre les trois immeubles, dont chacun me doit toujours la totalité des 12000 francs. Tout ceci est la conséquence de l'art. 2114, qui déclare que « l'hypothèque est indivisible; qu'elle subsiste *en entier* sur *tous* les immeubles affectés, *sur chacun* et *sur chaque portion* de ces immeubles; et qu'elle les suit (avec cette nature indivisible et affectant chaque parcelle du bien) dans quelques mains qu'ils passent. »

Que voyez-vous de semblable pour votre legs? Le legs n'était pas dû

avant la mort du testateur; la créance du légataire n'a pas passé du testateur à ses trois héritiers, car le testateur ne devait rien. Elle a commencé en la personne de ces héritiers; elle est née, non pas unique, mais triple; il y a eu dès l'origine trois créances de 4 000 francs chacune. Mais si votre légataire, vis-à-vis de chaque héritier, n'a qu'une créance de 4 000 francs, laquelle n'a jamais été, dès sa naissance même, qu'une créance de 4000 francs, comment donc donnez-vous au légataire, contre cet héritier, une hypothèque de 12000 francs? ne voyez-vous pas que, pour la partie qui est sans créance, votre hypothèque est un accessoire sans principal, un effet sans cause, une absurdité? Nos rédacteurs ont cru suivre ici le droit romain; mais si, au lieu de se contenter de cette idée vague que Justinien avait créé une hypothèque pour les légataires, ils avaient lu la constitution de cet empereur, ils y auraient vu que l'hypothèque n'était accordée contre chaque débiteur du legs que pour sa part : *in tantùm et hypothecariâ (actione) unumquemque conveniri volumus, in quantùm personalis actio adversus eum competit* (Cod., l. 6, t. 43, 1 *in fine*). — Au surplus, notre article est formel, et si peu logique que soit sa disposition, il faut bien la suivre (1).

II. — 135. Les deux principes précédemment exposés, que ce n'est pas comme continuant la personne du défunt que l'héritier doit les legs, et que ces legs ne sont jamais dus que sur le disponible de la succession, donnent une solution facile à une question qui est cependant controversée, celle de savoir si l'héritier pur et simple est tenu d'acquitter les legs *ultra vires bonorum*... La négative nous paraît évidente (2).

Puisque les legs ne peuvent se prendre que sur le disponible, et que les successeurs généraux ne les doivent que dans les limites du disponible qu'ils détiennent (art. 1009 et 1013), comment voulez-vous que l'héritier les doive encore après que la succession entière est épuisée?... La qualité d'héritier pur et simple est ici insignifiante, et celui qui en est revêtu se trouve, quant à l'acquittement des legs, sur la même ligne que l'héritier bénéficiaire et les légataires universels ou à titre universel. La distinction entre l'héritier pur et simple et les autres successeurs généraux n'existe que pour les dettes : l'héritier pur et simple, continuant la personne du défunt, se trouve devoir tout ce que le défunt devait, et si ce défunt avait à payer 100 000 francs, il devra payer également ces 100 000 francs, sans qu'il y ait à s'occuper de l'importance des biens qu'il a pu recueillir; au contraire, comme l'héritier bénéficiaire et les autres successeurs généraux ne continuent pas la personne, ils ne sont pas personnellement obligés; c'est seulement le bien qui leur arrive, et qui est le gage des créanciers du défunt, qui les oblige à payer, en sorte qu'ils ne doivent plus rien quand ils établissent

---

(1) Voy. *Dict. not.* (vº Legs, nºs 326 et suiv.).

(2) *Contrà :* Poitiers, 16 mars 1864 (Dev., 65, II, 63); Troplong (nºs 1840 et 1843); Demolombe (*Succ.*, II, nº 522, et *Don. et Test.*, IV, nºs 569 et suiv.); Massé et Vergé (III, § 496, note 8); Aubry et Rau (VI, § 723, p. 171); *Dict. not.* (vº Legs, nº 260).

qu'ils ne détiennent plus aucune valeur héréditaire. Voici pourquoi, quand il s'agit du payement des dettes, il importe de savoir si le successeur est ou n'est pas héritier pur et simple. — Mais quand il s'agit de legs, de choses qu'on ne doit pas comme continuant la personne du défunt, puisque le défunt ne les devait pas, qu'importe alors que le successeur continue ou ne continue pas la personne défunte? Aussi remarquons que l'acceptation bénéficiaire (qui efface le titre d'héritier pur et simple) est imaginée pour garantir l'héritier, non pas contre le payement des legs, mais uniquement contre le payement des dettes : « elle donne à l'héritier, dit l'art. 802, l'avantage de n'être tenu du payement *des dettes* que jusqu'à concurrence de la valeur des biens. » Maintenant, puisque l'héritier pur et simple est ici dans la même position que les autres successeurs généraux, et puisqu'on reconnaît bien que ceux-ci ne sont pas tenus des legs *ultra vires*, le premier n'en sera donc pas tenu non plus. Et comment voudrait-on qu'il en fût autrement? Est-ce qu'on peut faire des libéralités avec le bien d'autrui? est-ce que la loi pouvait vous permettre de disposer de la fortune de vos héritiers, elle qui ne vous permet même pas toujours de disposer en entier de votre propre fortune?

136. Les objections qu'on essaye de faire à cette doctrine ne sont guère spécieuses. On argumente d'abord des différents textes (art. 724 et autres) qui déclarent que l'héritier est tenu d'acquitter les dettes *et charges* de la succession, et on prétend que ce mot *charges,* ajouté au mot *dettes,* s'applique nécessairement aux legs. Mais d'abord, aucun article ne dit que l'héritier pur et simple payera les dettes ou les charges *ultra vires;* et l'art. 802, le seul qui indique par *à contrario* le payement *ultra vires bonorum,* n'en parle que pour les dettes. Le mot *charges,* d'ailleurs, même quand il est ajouté au mot *dettes,* ne paraît pas employé avec un sens bien déterminé et différent de l'autre; ainsi, quand l'art. 1009 déclare le légataire universel concourant avec un héritier réservataire, tenu de payer les *dettes et charges* pour sa part, il est clair qu'il n'entend pas parler des legs, puisque c'est la partie subséquente de l'article qui le déclare obligé d'acquitter ces legs à lui seul; de même, quand l'art. 1012 déclare le légataire à titre universel tenu des *dettes et charges,* il ne comprend pas non plus les legs, puisque c'est l'article suivant, 1013, qui vient s'en occuper. Ainsi donc, les expressions *dettes et charges* se trouvent mises par rédondance, pour indiquer les dettes de toutes espèces. — On se prévaut encore de l'article 783, et on dit que si la découverte de legs enlevant à l'héritier plus de la moitié des biens lui permet de se faire restituer contre son acceptation, c'est sans doute parce qu'il serait obligé toujours et absolument d'acquitter ces legs, alors même que les biens héréditaires ne lui suffiraient pas pour le faire. Mais il suffit de se reporter à l'explication que nous avons donnée de cet art. 783, pour comprendre que cette supposition n'est nullement nécessaire (1).

---

(1) Au cas d'une institution d'héritier comprenant des biens situés en France et

1018. — La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur.

137. Il ne s'agit, dans cet article, que du legs de corps certains et déterminés.

Quand on donne un objet, on entend comprendre dans la libéralité tout ce sans quoi cet objet ne remplirait pas sa destination. Ainsi, quand on m'a légué une épée, l'héritier (ou autre débiteur du legs) doit me livrer aussi le fourreau, qui est nécessaire pour la porter; le legs d'un tableau comprend son cadre, celui d'une pendule embrasse le socle et le globe. Quand on m'a légué un hectare de terre qui se trouve au milieu d'un champ du testateur, et qui ne touche pas à la voie publique, l'héritier me devra passage à travers ce champ pour aller jusqu'au chemin, et ce, non pas en vertu de l'art. 682 et à titre de servitude légale, mais à titre de legs, comme chose accessoire comprise dans la libéralité du défunt, et dès lors sans indemnité.

La chose léguée, dit l'article, est due au légataire dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur. Mais cette proposition n'est pas mise ici dans un sens absolu et pour faire allusion aux changements postérieurs au décès aussi bien qu'à ceux qui lui seraient antérieurs; c'est de ceux-ci seulement qu'il s'agit. Ainsi, quels que soient ces changements antérieurs au décès, et que, dans l'intervalle de la confection au jour de la mort, l'objet du legs se soit détérioré ou amélioré, c'est le légataire qui en profitera ou en souffrira; car la chose lui sera due dans l'état où elle sera lors de la mort. Mais la proposition ne s'applique plus pour les changements survenant entre le décès et la délivrance. Ainsi, que l'objet, par cas fortuit et sans aucun fait de l'héritier, se trouve gravement endommagé après le décès et perde moitié de sa valeur, il est certain que le légataire ne pourra pas exiger qu'on le lui livre dans l'état où il était au décès ou qu'on lui donne une indemnité; car l'art. 1245 déclare que le débiteur d'un corps certain se libère en livrant la chose dans l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations ne viennent pas de son fait, et l'art. 1042, 2e alinéa, dit, d'après le même principe, que le legs est caduc si la chose périt depuis la mort du testateur sans le fait de l'héritier. D'un autre côté, il est évident que les accroissements et améliorations que la chose aurait pu recevoir depuis le décès, par des causes fortuites, appartiendraient également au légataire. A partir du décès, le légataire est propriétaire de la chose; c'est donc pour lui qu'elle s'améliore, se détériore, ou périt. — Tout ceci revient à dire que le légataire devra prendre la chose dans l'état où elle

---

des biens sis en pays étranger, si l'institution d'héritier vient à être annulée, en France, comme contraire à la loi française, avec attribution aux héritiers naturels des biens situés en France, l'héritier institué, réduit aux biens situés en pays étranger, n'en reste pas moins tenu pour le tout des legs particuliers mis à sa charge par le testament; il ne peut prétendre qu'il n'est tenu des legs que proportionnellement aux biens par lui recueillis à l'étranger. Cass., 3 août 1863 (Dev., 63, I, 541; Dall., 63, I, 363).

est, *au jour de la livraison*, pourvu que cet état ne provienne pas d'un fait de l'héritier postérieur au décès (*voy*. l'explication de l'article 1042).

1019. — Lorsque celui qui a légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmentée par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne seront pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs.

Il en sera autrement des embellissements, ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ou d'un enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte.

SOMMAIRE.

I. Cet article n'est qu'une application du précédent. Il nous explique dans quels cas les augmentations apportées à un immeuble s'identifieront avec lui, et ne constitueront qu'un changement d'état; dans quels cas elles formeront un immeuble distinct de lui.

II. Ce qu'il faut entendre par *constructions nouvelles* dans le second alinéa.

I. — 138. On vient de voir par l'article précédent que le bien légué doit être livré au légataire dans l'état où il se trouve au décès du testateur; et que, par conséquent, c'est au légataire que profitent les améliorations ou augmentations que le bien a reçues dans l'intervalle de la confection du testament à la mort du testateur. Ainsi, les embellissements que l'on a faits sur un terrain ou un édifice, les plantations que l'on a faites sur un fonds, les augmentations de construction que l'on a ajoutées à une maison ou à d'autres bâtiments, font évidemment partie du legs : le doute n'était pas possible dans ces cas et autres semblables; car il est évident que c'est toujours le même fonds ou le même édifice, augmentés, améliorés ou embellis, et que le légataire prend dans l'état où ils sont au décès.

Mais le cas n'était pas aussi simple dans l'hypothèse d'immeubles nouveaux, acquis à côté de ceux qu'on avait légués et réunis à eux. Fallait-il alors considérer l'acquisition nouvelle comme une dépendance et un accessoire de l'immeuble légué, et dire que le tout, n'étant que l'ancien immeuble augmenté, appartiendrait en entier au légataire dans l'état où il se trouve; ou bien fallait-il dire que l'objet légué et le bien acquis près de lui forment deux immeubles, et qu'un seul d'entre eux étant légué, le légataire ne pourrait avoir que celui-ci?

Nos anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point... Le Code a tranché la dispute en déclarant que tout immeuble postérieurement acquis, fût-il contigu à l'immeuble légué, et sans distinguer quelle en est l'importance relative, sera toujours considéré comme un second immeuble, qui dès lors ne se trouve pas compris dans le legs, à moins qu'il ne s'agisse d'un enclos dont le testateur a reculé les clôtures; alors, soit que le testateur fût déjà propriétaire de ce qu'il ajoute, ou qu'il l'ait acquis après le testament fait, et soit qu'il s'agisse d'un héritage rural ou d'une maison de ville, du moment que le tout est en-

touré d'une même clôture (quelle que soit cette clôture), il n'y a qu'un seul domaine sur l'ensemble duquel le legs frappera.

II. — 139. C'est un point controversé que celui de savoir ce qu'il faut entendre par les *constructions nouvelles* dont parle notre second alinéa. Toullier semble penser (V, 534) et M. Coin-Delisle enseigne formellement (n° 10) qu'il s'agit de toutes constructions, même faites sur un terrain précédemment nu, et que l'épithète *nouvelles* signifie *postérieures au testament*. Nous pensons, au contraire, avec Delaporte, M. Vazeille (n° 5) et M. Poujol (n° 4), qu'il ne s'agit que de constructions ajoutées à des bâtiments préexistants, ou remplaçant des bâtiments anciens : 1° parce que l'expression de *constructions nouvelles faites sur un fonds* suppose déjà des constructions antérieures sur ce même fonds ; 2° parce que l'alinéa ne s'occupe que de simples améliorations ou augmentations de l'immeuble, et que cet ordre d'idées embrasse parfaitement l'hypothèse de réparations, d'accroissements ou de reconstructions d'édifices, tandis qu'il ne saurait comprendre le cas de constructions premières sur un terrain qui n'en avait jamais eu ; 3° enfin, parce que, comme nous le dirons sous l'art. 1042, la construction d'un bâtiment sur le terrain qui était d'abord un jardin, par exemple, ou un pré, opérerait, juridiquement parlant, la destruction du jardin ou du pré, et entraînerait dès lors la caducité du legs qui avait été fait de ce pré ou de ce jardin, en sorte que le légataire, loin de pouvoir ajouter la construction au terrain primitivement légué, ne conserverait pas même ce terrain. — Nous supposons ici, bien entendu, une construction considérable et qui couvrirait la totalité ou la plus grande partie du terrain légué ; car si la construction n'a que peu d'importance, si c'est un pavillon bâti dans un jardin, une prairie ou un bois, une grange placée sur une pièce de terre en labour, la construction, loin d'absorber le jardin, le bois, etc., n'en est plus que l'accessoire et rentre dans le cas d'embellissement ou d'amélioration : loin d'enlever le terrain au légataire, elle lui appartient elle-même avec ce terrain.

1020. — Si, avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur.

140. Cet article, comme le précédent, continue de faire l'application du principe, posé par l'art. 1018, que l'objet légué appartient au légataire dans l'état où il se trouve au jour du décès du testateur, et non dans l'état où il était lors de la confection du testament. Ainsi, quand l'immeuble légué se trouve frappé d'une hypothèque ou grevé d'un usufruit, notre article, sans distinguer, comme le droit romain et notre ancien droit, si la charge est antérieure ou postérieure à la confection, si l'hypothèque garantit une dette héréditaire ou la dette d'un tiers, décide absolument que, par cela seul que l'hypothèque ou l'usufruit exis-

tent sur l'immeuble au moment du décès, le légataire, obligé de prendre le bien dans l'état où il se trouve alors, ne peut pas exiger que l'héritier éteigne l'hypothèque ou rachète l'usufruit. — Bien entendu, le testateur pourrait imposer cette obligation à son héritier; mais il faudrait une disposition particulière.

Du reste, de ce que l'héritier n'est pas tenu d'acquitter la dette hypothécaire avant de livrer l'immeuble, il n'en faudrait pas conclure que le légataire soit obligé de payer la dette. L'art. 871 nous a dit, et l'article 1024 va nous répéter que le légataire particulier n'est jamais tenu des dettes; et nous savons que si, par l'effet de l'hypothèque, il en payait une, il aurait son recours contre l'héritier ou les autres successeurs généraux (art. 874). Ainsi, le légataire sera bien tenu, d'après notre article, de laisser subsister l'hypothèque jusqu'à l'échéance de la dette; mais c'est toujours l'héritier qui reste tenu de payer soit le capital, soit les intérêts de cette dette (1).

1021. — Lorsque le testateur aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.

SOMMAIRE.

I. Le legs de la chose d'autrui, valable avant le Code Napoléon, est déclaré nul par notre article. — Conséquences de ce principe nouveau.
II. *Quid* si le propriétaire d'un bien indivis a légué tout ou partie de ce bien?
III. Critique des doctrines de M. Coin-Delisle et de M. Duranton sur ce point.

I. — 141. Dans le droit romain, suivi en cela par notre ancienne jurisprudence, le legs qu'un testateur faisait d'une chose appartenant à autrui était valable, pourvu qu'il eût su que cette chose n'était pas à lui; c'était seulement quand il l'avait crue sienne que le legs était nul. Encore fallait-il que le propriétaire de cette chose ne fût pas l'héritier du testateur; car si la chose appartenait à cet héritier, le legs était valable, lors même que le testateur l'avait léguée comme sienne. Bien entendu, le legs que le testateur faisait sciemment d'une chose appartenant à un tiers ne transférait pas au légataire la propriété de cette chose; il lui donnait seulement une action personnelle pour contraindre l'héritier à acquérir l'objet pour le lui livrer ensuite, ou à lui en payer l'estimation si le propriétaire ne consentait pas à l'aliéner.

Notre Code est venu supprimer ces diverses règles et déclarer d'une manière absolue que le legs de la chose d'autrui sera toujours nul. Mais ce changement n'a pas des résultats aussi étendus qu'on pourrait le croire au premier coup d'œil. — Et d'abord, quand je lègue 10 000 fr. ou deux chevaux, il est clair que le legs sera valable, quoiqu'il n'y ait ni chevaux ni argent dans ma succession : en parlant des choses d'au-

(1) *Conf.* Bordeaux, 31 janv. 1850 (Dev., 51, II, 17; Dall., 51, II, 131); *Dict. not.* (v° Legs, n° 360); Aubry et Rau (VI, § 723 et note 19, p. 179); Massé et Vergé (III, § 497, note 5, p. 280). — *Secùs*, si l'hypothèque avait été constituée pour la dette d'un tiers. (Même arrêt.)

trui, notre Code, comme l'ancien droit, comme le droit romain, n'entend pas ces objets qui sont dans le commerce général des choses, mais seulement les corps certains et déterminés. — Maintenant, si le testateur, en léguant tel cheval ou telle maison qu'il sait ne pas lui appartenir, a eu soin d'expliquer sa pensée en disant : « Je veux que mon héritier acquière cet objet et le donne à Pierre, ou, s'il ne peut l'acquérir, qu'il en paye à Pierre la valeur », il est clair que le legs sera bon. Il serait bon également quand même le testateur, en chargeant l'héritier d'acquérir la chose, ne lui imposerait pas l'obligation subsidiaire d'en payer la valeur s'il ne l'obtient pas : il est vrai qu'alors le refus du propriétaire d'aliéner sa chose empêcherait d'exécuter le legs; mais si ce propriétaire consentait à l'aliéner, le legs aurait son effet. — Reste enfin le cas où le testateur aurait légué la chose d'autrui directement; et tandis que précédemment le legs était valable 1° si le testateur savait que la chose ne lui appartenait pas, et 2° si la chose, alors même qu'il la croyait sienne, appartenait à son héritier, sous le Code, au contraire, il y aura toujours nullité par cela seul qu'il y a legs direct d'une chose appartenant à autrui, puisque notre article ne distingue pas.

Ainsi, les cas dans lesquels le principe nouveau du Code change l'ancien droit et rend nul le legs autrefois valable se réduisent à trois : 1° lorsque le testateur lègue directement une chose n'appartenant ni à lui ni à son héritier, et qu'il sait n'être pas sienne; 2° lorsqu'il lègue directement la chose de son héritier, qu'il la croie sienne ou non; 3° lorsqu'au lieu de léguer la chose d'un tiers directement, il charge seulement son héritier de l'acquérir pour la livrer au légataire, mais que le propriétaire ne veut pas l'aliéner. Quant au cas où le testateur aurait légué la chose d'un tiers directement la croyant sienne, nous avons déjà dit que le legs était nul autrefois comme il le serait aujourd'hui, en sorte qu'il n'y a pas changement en ce point (1).

II. — 142. Quel serait, d'après la règle nouvelle du Code, l'effet du legs par lequel le testateur disposerait d'un bien dans lequel il n'a qu'une part indivise? Ainsi, Titius est copropriétaire pour moitié, avec Sempronius son frère, d'une ferme provenant de la succession d'un oncle, succession non encore partagée, et il fait de cette ferme l'objet d'un legs : quels seront les droits du légataire?... Il faut d'abord rechercher, d'après les termes du testament, quelle a été la pensée de Sempronius et voir s'il a entendu léguer 1° soit la *ferme*, soit le tiers, la moitié, les trois quarts, ou toute autre fraction *divise* de cette ferme; ou seulement 2° la *part indivise* qu'il avait *actuellement* dans cette ferme.

1° Supposons d'abord que le testateur a légué ou la *ferme* entière, ou une fraction *divise* de cette ferme.

Quand c'est la ferme entière qu'on a voulu léguer, il est impossible de déterminer la valeur du legs immédiatement : les effets dépendent

(1) Le legs fait par une femme mariée sous le régime de la communauté de biens meubles ou immeubles dépendant de la communauté est nul comme legs de la chose d'autrui, si les héritiers de la testatrice renoncent de son chef à la communauté. Besançon, 10 déc. 1862 (Dev., 63, II, 55; *J. Pal.*, 63, 17).

d'un événement ultérieur qui fixera rétroactivement l'étendue de la disposition; les résultats seront très-différents, selon que le bien sera partagé entre les copropriétaires ou leurs héritiers, ou qu'il serait aliéné au profit d'un tiers. — Si c'est par une aliénation faite au profit d'un étranger que la ferme sort de l'indivision, chacun des deux frères aura toujours été, depuis l'ouverture de la succession de l'oncle jusqu'à l'aliénation de la ferme, propriétaire (par indivis; mais qu'importe?) de la moitié de cette ferme; en sorte que le legs fait par Titius a été valable pour la moitié qui lui appartenait. Seulement, si c'est avant la mort de Titius que l'aliénation a eu lieu, ce legs, valable dans l'origine, s'est trouvé révoqué et ne produira aucun effet (article 1038). Que si l'aliénation n'a été faite qu'après la mort du testateur, le legs est resté valable, le légataire est devenu par la mort du testateur propriétaire de la moitié indivise qui appartenait à ce dernier, et il a droit, après l'aliénation, à la moitié du prix.

Il faut décider d'après un autre principe quand l'indivision cesse par un partage, ou tout autre acte équivalent, qui attribue le bien à un ou plusieurs des copropriétaires... On sait que chez nous, contrairement au droit romain, le partage est simplement déclaratif de la propriété; en sorte que chacun des copropriétaires, après le partage ou l'acte qui en tient lieu, se trouve légalement avoir eu *ab initio,* dans le bien précédemment indivis, ce que le partage lui en donne, ni plus ni moins (art. 883, n°s I et II). Donc, si le partage fait tomber la ferme entière au lot de Sempronius, le testateur n'aura jamais été propriétaire d'aucune partie, il aura légué la chose d'autrui et le legs sera nul entièrement; si la moitié de la ferme tombe au lot de Titius ou de ses représentants, le legs vaudra pour cette moitié; si enfin la ferme entière vient au lot du testateur, le legs sera valable pour le tout.

Si, au lieu de léguer l'immeuble entier, Titius n'en avait légué que le tiers, le quart, ou toute autre fraction, le legs serait toujours nul ou valable d'après les distinctions ci-dessus; sauf, bien entendu, qu'il ne pourrait jamais valoir que pour la fraction léguée, quand même la ferme tomberait en entier au lot du testateur ou de son héritier.

2° Quand le testateur a pris pour objet de son legs, non pas la ferme, ni telle fraction divise de la ferme, mais la part indivise (la moitié dans notre espèce) qui lui appartient actuellement dans cette ferme, les résultats ne seront pas toujours ceux que nous venons d'indiquer. — Si l'indivision a cessé du vivant du testateur, et que celui-ci laisse en mourant, dans son patrimoine, la moitié du bien ou plus, la moitié encore indivise qui a été léguée se retrouvant dans la portion divise qui est échue au testateur, le légataire la prendra encore. Si le testateur en mourant n'a plus cette moitié, le legs sera nul soit pour le tout si le partage n'a rien donné au testateur, soit pour partie s'il a eu moins que la moitié; il serait nul également si le testateur, après avoir recueilli tout ou partie de la ferme, avait aliéné ce qui lui était échu, ou s'il avait vendu sa part encore indivise (art. 1038); en sorte que, pour ces différents cas, le résultat serait toujours le même que dans l'hypo-

thèse ci-dessus. — Mais si le testateur meurt ayant toujours la moitié indivise du bien, le résultat indiqué plus haut par cette hypothèse n'aurait plus lieu. On a vu plus haut que, dans ce cas, si le testateur avait légué la ferme ou telle part (divise) de cette ferme, c'est par l'effet postérieur du partage que les effets du legs seraient déterminés. Ici, au contraire, la moitié indivise que laisse le défunt étant précisément l'objet légué, elle appartiendra donc au légataire comme elle appartenait au testateur, et ce légataire obtiendra dès lors ou la moitié divise du bien, s'il y a partage de la ferme, ou le prix de cette moitié, si la ferme est attribuée en entier à un autre.

III. — 143. Tout le monde, au surplus, n'est pas d'accord sur les solutions que nous présentons ici. Ainsi, M. Duranton (IX, 248) et M. Coin-Delisle (n° 12) enseignent que si le bien, alors même qu'il a été légué *en entier*, est encore indivis au décès du testateur, le légataire, au lieu d'être exposé alors aux chances du partage, dont le résultat déterminerait l'effet du legs, se trouve immédiatement propriétaire de la portion indivise telle que l'avait le testateur; en sorte qu'il aura invariablement ou cette portion elle-même, si le partage met le bien au lot des héritiers du testateur, ou le prix de cette portion dans le cas contraire, sans qu'il puisse jamais ni obtenir la totalité, ni se voir réduit à rien. C'est-à-dire qu'ils décident, même pour le cas où l'on a légué la ferme entière, ce que nous décidons pour le cas où le testateur a seulement légué sa part indivise dans cette ferme.

M. Coin-Delisle fonde sa décision sur cette règle de l'art. 1018, que la chose léguée appartient au légataire dans l'état où elle est au décès du testateur... Mais, avant de rechercher dans quel état le légataire doit prendre la chose léguée, il faut voir si la chose a pu être léguée. Or, la chose léguée, dans notre espèce, ce n'est pas la *part indivise* dans la ferme, c'est la *ferme;* avant de voir dans quel état le légataire prendra cette ferme, il faut voir s'il a droit de la prendre, si le legs en est valable : or, le legs est nul, d'après notre art. 1021, si le testateur n'était pas propriétaire de la ferme quand il a écrit le legs. Le testateur était-il propriétaire de la ferme? voici la première question à résoudre; or, l'art. 883 déclare que c'est par le résultat du partage que l'on saura si le testateur était ou non propriétaire... M. Coin-Delisle, selon nous, n'a pas même aperçu la difficulté.

143 *bis*. M. Duranton, du moins, touche à la question quand il dit que le principe de l'art. 883 ne s'applique pas à notre matière; mais il aurait fallu établir cette proposition, et c'est ce qu'il ne fait pas. Le savant professeur dit que la règle de l'art. 883 n'a de force que pour les copropriétaires entre eux, et que si tout autre que l'un de ces copropriétaires acquérait le bien indivis, il ne serait pas censé l'avoir eu *ab initio,* dès l'ouverture de la succession (*loc. cit.,* et t. VII, 520). Ceci est très-vrai; mais nous ne voyons pas en quoi cela contredit notre théorie. Nous disons que si Titius ou les héritiers de Titius, *qui est l'un des copropriétaires,* reçoit la ferme entière par l'effet du partage, il en aura été seul propriétaire *ab initio* d'après l'art. 883, et que, par con-

séquent, le legs qu'il aura fait de cette même ferme sera valable; que si, au contraire, la ferme tombe au lot de Sempronius, *qui est l'autre copropriétaire,* Titius se trouvera n'avoir jamais été propriétaire de la ferme et aura, dès lors, légué la chose d'autrui. Ainsi, nous n'appliquons le principe de l'art. 883 qu'entre les copropriétaires; et nous-même avons commencé par dire que si le bien légué (au lieu de rester, par l'effet d'un partage ou d'un acte équivalent, à l'un ou plusieurs des copropriétaires) passait à un étranger, il n'y aurait plus d'application possible de l'art. 883. — M. Duranton s'appuie enfin sur ce que, dans le droit romain, le legs fait par le propriétaire par indivis ne valait jamais que pour la part qu'avait le testateur lors de la confection, quoiqu'il eût dit : « Je lègue *mon fonds* », et que le fonds entier lui fût ensuite échu... Mais M. Duranton oublie qu'à Rome le partage était translatif de propriété, au lieu d'être déclaratif comme il l'est aujourd'hui, d'après l'art. 883. Si chez nous le partage était aussi translatif de propriété, le testateur propriétaire pour moitié, et à qui le partage aurait *transféré* et fait *acquérir* la seconde moitié, ne léguerait pas non plus cette seconde moitié sans une nouvelle disposition; car l'art. 1019 le déclare très-positivement. Mais le partage aujourd'hui étant simplement énonciatif, et le copropriétaire qui obtient le bien entier ayant été *ab initio* seul et unique propriétaire de tout ce bien, il a donc pu le léguer en entier valablement; réciproquement aussi, son legs est nul pour le tout si, le partage ne lui attribuant aucune partie du bien, il se trouve, légalement parlant, n'avoir jamais été propriétaire (1).

On voit, au reste, par ce qui précède, combien il est important pour un testateur, dans de pareilles circonstances, d'exprimer sa volonté clairement et avec le développement nécessaire.

1022. — Lorsque le legs sera d'une chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

144. Cet article présente, implicitement et sans l'exprimer, une première règle qui s'écarte des principes romains : c'est que, quand le testateur a légué une chose qui n'est pas déterminée dans son individualité, mais seulement dans son espèce, comme un cheval, une pièce de vin, une maison, etc., le choix de la chose à livrer au légataire appartient à l'héritier, à moins, bien entendu, que le testateur ne l'ait donnée expressément à l'héritier. A Rome, c'était tout le contraire : *Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.* (Inst. Just., 1, 2, t. 20, § 22).

En accordant le choix à l'héritier, notre article le limite et déclare que cet héritier ne sera pas tenu de donner ce qu'il y a de mieux, mais qu'il ne pourra pas non plus offrir ce qu'il a de pis : il devra livrer une chose de qualité moyenne, à moins encore que le testateur n'ait expressément

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Legs, n°° 176 et suiv.).

accordé à l'héritier un choix absolu et qui lui permette de livrer une chose de la plus mauvaise qualité.

Si le testateur, réciproquement, a dérogé à notre article en faveur du légataire, en lui accordant le choix qui, de droit commun, appartient à l'héritier, il est clair que ce légataire pourra exiger une chose de la meilleure qualité.

1023. — Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages.

145. Le legs étant une libéralité, on ne doit pas croire facilement que le débiteur qui lègue une somme à son créancier ait entendu ne lui conférer qu'un nouveau titre pour obtenir ce qui lui était déjà dû; le legs ne sera pas censé fait en compensation de la créance. Ainsi, quand je dois 1000 francs à Pierre et que je lui lègue 1000 francs, ou 500, ou 1500, Pierre recueillera le legs et restera toujours créancier des 1000 francs qui lui étaient dus précédemment. Cette première partie de l'article embrasse la seconde, qui n'est qu'une application de la règle; car il est évident qu'un domestique est créancier des gages qui lui sont dus : cette seconde partie de l'article devrait être supprimée comme inutile.

Mais si le legs fait au créancier n'est pas *censé* compensatoire, il peut fort bien l'être réellement; si la compensation ne doit pas être *présumée,* elle peut fort bien être prouvée par les termes du testament. Ainsi, il est clair que le legs est simplement compensatoire quand le testateur a dit : « Je lègue à Pierre les 1000 francs que je lui dois. » — En cas de contestation sur la portée des termes employés, il est clair qu'ici, comme partout, ce serait aux tribunaux à interpréter l'acte et à juger en fait si le testateur a, oui ou non, entendu faire une compensation.

1024. — Le légataire à titre particulier ne sera point tenu des dettes de la succession, sauf la réduction du legs ainsi qu'il est dit ci-dessus, et sauf l'action hypothécaire des créanciers.

146. Nous savions déjà que le légataire particulier n'est jamais tenu des dettes héréditaires, et que s'il se trouve contraint à payer une dette hypothécaire par la détention de l'immeuble hypothéqué, il a son recours contre les héritiers ou autres successeurs généraux (art. 871-874). Mais nous savons aussi que si l'ensemble des legs dépasse la quotité disponible, ils doivent être tous réduits au marc le franc (art. 926); ceci n'a aucun rapport avec le payement des dettes, et l'on ne voit pas trop pourquoi le législateur a rappelé ici le principe de la réduction. Peut-être est-ce en vue de cette idée que l'augmentation des dettes, en diminuant l'actif, diminue par là même le disponible, et peut ainsi produire la réduction de legs qui, sans ces dettes, auraient eu leur

effet intégral. Quoi qu'il en soit, la présence de dettes considérables peut évidemment amener la diminution ou même l'anéantissement des legs dans les cas mêmes où tout l'actif est disponible et où il n'y a pas de réserve. Il est clair, en effet, que si deux ou trois legs s'élèvent à 40 000 francs et que l'excédant de l'actif sur le passif ne soit que de 20 000 francs, chaque legs devra être réduit de moitié ; que si le passif égalait ou dépassait l'actif, il est évident que tous les legs seraient nuls, comme ceux que ferait une personne qui ne posséderait rien : avoir plus de dettes que de bien, c'est n'avoir pas de bien, puisque *non sunt bona nisi œre alieno deducto.*

Au reste, quand on dit que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes, cela s'entend d'une obligation de contribuer en proportion de l'importance de son legs à la masse des dettes hypothécaires, mais non pas de l'obligation d'acquitter les dettes qui se trouveraient spécialement mises à sa charge, soit par une disposition expresse du testateur, soit par la nature même de la disposition. — Ainsi, quand je lègue à Pierre ma ferme de Normandie à la charge par lui de payer au fermier qui l'occupe les 3000 francs que je lui dois, il est clair que Pierre devra payer cette dette. — Ainsi, encore, si j'ai légué à Paul la succession qui vient de m'échoir par la mort de mon oncle, il est bien certain que Paul, en prenant tous les biens de cette succession, devra aussi en payer les dettes ; car la succession, c'est l'ensemble des biens et des dettes, c'est l'actif moins le passif ; et c'est précisément cet ensemble qui fait l'objet du legs : si donc il y a 40000 francs de biens et 10 000 francs de dettes, le legs de Paul n'est en définitive que de 30 000 francs. Il en serait autrement si j'avais légué, non plus la *succession* de mon oncle, mais les *biens* qui me viennent de mon oncle : le légataire prendrait alors ces biens sans payer aucune dette (1).

SECTION VII.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

1025. — Le testateur pourra nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.

147. L'exécuteur testamentaire est un mandataire que le testateur désigne pour veiller après sa mort à l'exécution du legs. Il est vrai que l'art. 2003 déclare que le mandat finit par la mort du mandant, tandis qu'ici c'est précisément la mort du mandant qui le fait commencer ; mais ceci s'explique par cette idée que la charge d'exécuteur testamentaire étant le seul mandat qui puisse se donner pour après la mort, et cette

(1) Au cas d'insuffisance de l'actif non légué d'une succession bénéficiaire pour acquitter les dettes héréditaires, tous les legs particuliers, sans distinction, à moins de volonté contraire manifestée par le testament, doivent contribuer au payement des dettes au moyen d'une réduction proportionnelle. Cass., 25 nov. 1861 (Dev., 62, I, 49 ; Dall., 61, I, 458) ; Cass., 18 juin 1862 (Dev., 62, II, 313 ; Dall., 62, I, 411) ; Pau, 24 juin 1862 (Dev., 63, II, 134) ; Demolombe (II, n° 566).

charge n'ayant pas reçu ce nom de *mandat* dans le Code, l'art. 2003, en donnant sa définition, a pu ne pas tenir compte de ce mandat d'une espèce toute particulière. Mais il n'en est pas moins évident que l'exécuteur testamentaire est le mandataire du testateur, et non pas celui des héritiers ou des légataires, comme le dit à tort M. Vazeille (n° 1) : c'est le testateur, en effet, qui confère à ce fonctionnaire les pouvoirs dont il se trouve revêtu : c'est en son nom qu'il agit; il le représente en ce qui touche l'exécution des legs (1).

L'exécuteur testamentaire ne peut être nommé que par testament; on le voit assez par la place que notre section occupe dans le Code. Et en effet, la collation des droits d'exécuteur porte atteinte aux droits de l'héritier *ab intestat,* puisqu'elle lui enlève sur un point le droit de représentation du défunt; or, une modification quelconque aux droits d'une succession légitime ne peut se faire que par acte testamentaire.

Le testateur peut, comme on le voit par notre article, nommer plusieurs exécuteurs testamentaires ou n'en désigner qu'un seul; et quand il en choisit plusieurs, il peut conférer à chacun des fonctions spéciales et distinctes ou leur donner à tous des droits identiques (art. 1033).— Le testateur, pour engager l'exécuteur à accepter la mission, peut évidemment lui faire un legs sous la condition d'acceptation; ce legs, auquel l'usage a donné le nom de *diamant,* sera caduc, bien entendu, si la mission n'est pas acceptée.

1026. — Il pourra leur donner la saisine du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier; mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour à compter de son décès.

S'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger.

SOMMAIRE.

I. La saisine dont il s'agit ne confère à l'exécuteur que la détention des meubles sans lui donner aucun droit de possession.

II. La saisine ne peut être donnée que pour les meubles, et seulement pour l'an et jour : dissentiment avec Delvincourt, M. Duranton et M. Vazeille.

I. — 148. Pour garantir l'exécution des legs mobiliers, le testateur est autorisé à mettre ses biens meubles, pendant une année, sous la garde des exécuteurs testamentaires. Quant aux legs d'immeubles, ils n'avaient pas besoin d'une telle précaution, leur détournement n'étant pas à craindre.

Notre ancien droit coutumier, auquel le Code a emprunté les règles de notre section (car le droit romain ne connaissait pas les exécuteurs testamentaires), n'avait organisé la saisine dont parle notre article que comme une détention matérielle, une simple garde des meubles qui

---

(1) L'exécuteur testamentaire est un mandataire tenu de l'exécution du mandat qu'il a accepté, et responsable, comme tout autre mandataire, de son inexécution. Cass., 27 août 1855 (Dev., 55, I, 695; Dall., 55, I, 371).

rendait l'exécuteur, non pas possesseur, mais simple séquestre du mobilier. Il est évident, et telle est aussi la doctrine des auteurs, que le Code, en reproduisant les expressions des coutumes, a entendu adopter leur pensée. L'exécuteur testamentaire n'aura donc qu'une saisine de fait qui ne diminue pas la saisine de droit de l'héritier ou du légataire universel (art. 724 et 1006), et celui-ci sera toujours possesseur civil, comme l'est le propriétaire dont le fonds est occupé par un fermier ou un usufruitier.

II. — 149. C'est une question controversée que celle de savoir si le testateur pourrait donner à son exécuteur la saisine d'autres biens que ses meubles, et la lui donner pour plus de l'an et jour : M. Dalloz répond négativement (ch. 8, section 3); mais Delvincourt, M. Duranton (IX, 400) et M. Vazeille (n° 2) enseignent l'affirmative. — Nous n'hésitons pas à dire que la doctrine de ces derniers est erronée (1).

Mettre sous la saisine d'un tiers des biens appartenant à l'héritier, frapper des biens de séquestre et en enlever la possession à leur propriétaire, c'est certes une mesure rigoureuse et dont on ne peut user qu'autant que la loi le permet. Sans doute le testateur aurait pu léguer à l'exécuteur ou à tout autre ses immeubles, même en pleine propriété (car on suppose qu'il s'agit de biens disponibles, sans quoi il n'y aurait pas même de question); mais ce serait alors une disposition normale, régulière, qui aurait fait cesser la succession légitime pour y substituer la succession testamentaire, et qui ne serait que l'application pure et simple des art. 893, 895, 915, etc. Mais du moment que le testateur qui pouvait user de ces articles ne l'a pas fait, du moment qu'il a laissé les biens sous le régime de la succession légitime et qu'il en a transmis la propriété à son héritier, il ne peut prendre contre cet héritier la mesure exceptionnelle et blessante dont parle notre article qu'autant que la loi le lui permet, c'est-à-dire dans les limites de ce même article; or, notre texte ne permet au testateur de conférer la saisine à l'exécuteur que sur les meubles et pour l'an et jour seulement... En vain on insisterait quant à la durée, en disant, comme Delvincourt et M. Duranton, que la règle finale de l'article doit s'entendre du cas où le testateur ne s'est pas expliqué sur cette durée. Cette règle finale ne peut pas s'entendre ainsi, puisqu'elle se rattache à la phrase précédente, constitutive du droit du testateur : « *Il pourra* leur donner la saisine; *mais elle ne pourra* durer au delà... » Si d'ailleurs il restait quelque doute à cet égard, un coup d'œil sur les travaux préparatoires du Code l'effacerait bientôt. Notre article, en effet, avait primitivement une rédaction qui, tout en présentant le même sens que celle d'aujourd'hui, était cependant différente; on y disait : « Il pourra leur donner, pendant l'an et

(1) Le testateur qui ne laisse pas d'héritiers à réserve peut, alors même qu'il aurait institué un légataire universel, conférer à un exécuteur testamentaire le pouvoir de faire procéder à la vente de tous les immeubles de la succession pour en verser ensuite le prix entre les mains du légataire universel après l'acquittement des charges. Cass., 8 août 1848 (Dev., 49, I, 65; Dall., 48, I, 189). *Sic* Demolombe (V, n°s 90 et 91). *Voy.* aussi Cass., 17 avr. 1855 (Dev., 56, I, 253; Dall., 55, I, 201); Douai 27 janv. 1864 (Dev., 64, II, 225). *Contrà :* Aubry et Rau (VI, § 711, p. 133).

jour... la saisine du tout ou seulement... » (Fenet, XII, p. 386, art. 101.) Le Tribunat, lorsque cet article lui est communiqué, en adopte pleinement la pensée, et demande qu'on la rende plus énergiquement. « *Il faut* exprimer, dit-il, que la saisine, *dans aucun cas,* ne peut durer au delà de l'an et jour » ; et en conséquence, il propose de substituer la rédaction suivante : « Il pourra lui donner la saisine du tout ou seulement... *mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour...* » (Fenet, p. 462, art. 137) ; et cette rédaction nouvelle est adoptée. Est-ce assez clair? — M. Duranton, il est vrai, a imaginé de répondre que ces mots du Tribunat : *dans aucun cas,* n'ont pas été mis dans l'article; mais, en vérité, l'objection n'est pas heureuse, puisque le Tribunat n'avait pas demandé qu'on les y mît (1).

150. Du reste, nous admettons avec M. Duranton et les autres auteurs que si le testament n'était pas connu immédiatement après le décès, ou si la saisine de l'exécuteur était retardée par les entraves, les procès, les difficultés que soulèverait l'héritier, cette saisine ne devrait finir qu'après l'an et jour à compter du moment où elle aurait pu commencer, et non pas à partir du décès. Ce qu'il faut, ce que la loi veut, ce que le Tribunat a demandé, c'est que la saisine *ne dure jamais plus que l'an et jour*. Si cette saisine a commencé au décès, comme la loi le suppose et comme il arrivera ordinairement en effet, elle finira après l'année depuis le décès; mais si elle n'a pu commencer que plus tard, elle finira plus tard.

1027. — L'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le payement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce payement.

151. La saisine n'étant pas établie dans l'intérêt des exécuteurs testamentaires, mais seulement pour assurer le payement des legs mobiliers, il était tout simple que l'héritier pût la faire cesser en payant lui-même ces legs ou en livrant aux exécuteurs une somme suffisante pour les acquitter. Mais il ne suffirait pas qu'il offrît une caution.

1028. — Celui qui ne peut s'obliger, ne peut pas être exécuteur testamentaire.

152. A la différence des mandataires ordinaires, ce n'est pas à celui qui le choisit que l'exécuteur testamentaire aura des comptes à rendre, mais aux héritiers contre lesquels il doit remplir ses fonctions; et ces héritiers, qui peuvent se trouver lésés par sa mauvaise gestion, n'ont pas le droit de le révoquer. En pareille circonstance, on ne pouvait plus suivre la règle de l'art. 1990, qui permet de prendre un mandataire

---

(1) *Conf.* Pau, 7 déc. 1861 (Dev., 62, II, 257; *J. Pal.*, 63, 906); Lyon, 16 août 1864 (Dev., 64, II, 254); Troplong (n° 2000); Aubry et Rau (VI, § 711, p. 136, texte et note 25); Massé et Vergé (III, § 491, p. 266, texte et note 35); Demolombe (V, n° 48); *Dict. not.* (v° Exécuteur testament., n°s 49 et suiv.).

parmi les incapables. — Que vous puissiez confier vos affaires à une personne incapable de s'obliger, cela se conçoit dans les cas ordinaires ; quand c'est vous-même qui devez souffrir de son incapacité, et que vous pouvez d'ailleurs la révoquer à votre gré ; mais ce serait absurde et inique tout ensemble, si ce mandataire ne pouvait nuire qu'à une personne qui ne l'a pas choisi et qui ne peut pas le révoquer. Notre article déclare en conséquence qu'on ne peut pas être exécuteur testamentaire quand on ne peut pas s'obliger ; et les deux articles suivants ne font que développer cette pensée.

Il importe peu, au surplus, que l'exécuteur choisi soit ou non capable au moment où on le nomme ; il suffit qu'il le soit au décès du testateur. Si celui-ci désigne une personne encore mineure, mais qui atteigne sa majorité avant l'ouverture du testament, la nomination pourra produire son effet. Aussi nos art. 1028, 1029 et 1030 ne disent pas que l'incapable ne pourra pas *être nommé* exécuteur ; ils disent qu'il ne pourra pas *être* exécuteur, *accepter* l'exécution.

1029. — La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari.

Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre *Du Mariage.*

153. La femme mariée devient capable de s'obliger, soit par l'autorisation de son mari (art. 217), soit par l'autorisation de la justice (art. 219) ; et il semble dès lors qu'elle pourrait toujours accepter l'exécution testamentaire avec l'une ou l'autre de ces autorisations. Il n'en est cependant pas ainsi ; et si quelquefois l'autorisation de la justice est suffisante, quelquefois aussi celle du mari est indispensable.

Quand la femme est soumise au régime de la communauté, comme alors la jouissance de ses biens propres appartient au mari (art. 1401, 2°, et 1421), l'obligation contractée par la femme sans l'autorisation du mari et avec la seule permission de la justice ne pourrait s'exécuter que sur la nue propriété des biens propres de la femme (art. 426) ; et la loi, trouvant insuffisante une pareille garantie, déclare que la femme ne pourra, dans ce cas, accepter l'exécution qu'avec l'autorisation du mari lui-même. Il est clair qu'il en serait ainsi sous le régime exclusif de communauté, où la position de la femme est encore moins avantageuse (art. 1530 et 1531), et sous le régime dotal, si la femme n'a pas de biens paraphernaux, puisque c'est encore le mari qui a la jouissance des biens dotaux (art. 1549). Mais quand la femme est séparée de biens, ou lorsque, mariée sous le régime dotal, elle a des biens paraphernaux (lesquels sont soumis aux mêmes règles que les biens du régime de séparation), la femme ayant alors la jouissance (art. 1536 et 1576) et

pouvant être poursuivie sur la pleine propriété, quoiqu'elle ne se soit obligée qu'avec l'autorisation de la justice, cette autorisation lui suffit pour accepter l'exécution testamentaire. Si le second alinéa de notre article, en faisant exception, pour le cas de séparation de biens, à la règle portée par l'alinéa premier, n'a pas étendu cette restriction au cas de biens paraphernaux, c'est que, lors de la rédaction de notre titre, on ne pensait pas au régime dotal, lequel n'existait pas dans le projet du Code et ne s'est introduit que par amendement, neuf mois plus tard, lors de la discussion du titre *Du Contrat de mariage* (Fenet, II, p. 302 à 334; liv. 3, tit. 10 du projet).

1030. — Le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur.

154. Le motif de cette règle se trouve expliqué par les observations présentées sous l'art. 1028. Que le testateur choisisse, s'il le veut, le curateur ou le tuteur du mineur; mais il ne peut, même avec l'intervention de ceux-ci, choisir le mineur lui-même.

Notre article, au surplus, s'exprime inexactement quand il parle de l'*autorisation* du tuteur : le tuteur agit chez nous, non pas *auctoritatem interponendo,* comme à Rome, mais bien *negotia ipse gerendo;* il n'est pas chargé d'autoriser le pupille, mais d'agir à sa place, de le représenter (art. 450).

1031. — Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents.

Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession.

Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs.

Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté; et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité.

Ils devront, à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de leur gestion.

SOMMAIRE.

I. Cet article suppose des exécuteurs saisis; pour un exécuteur non saisi, l'*obligation* des scellés, de l'inventaire et du compte n'existe pas.

II. Mais quand l'exécuteur n'est pas saisi, il a le *droit* de requérir contre les héritiers les scellés et un inventaire. — L'exécuteur saisi ne doit pas payer les dettes de la succession sans le consentement de l'héritier ou l'ordre de la justice.

III. Le testateur peut dispenser l'exécuteur saisi du soin de faire dresser l'inventaire, sauf aux héritiers à le faire dresser eux-mêmes. Il ne peut pas le dispenser du compte.

IV. L'expiration de la saisine ne fait pas cesser le titre et les droits d'exécuteur testamentaire.

V. L'exécuteur testamentaire ne peut pas plus qu'une autre personne être chargé de remettre des valeurs héréditaires à une personne inconnue de l'héritier.

I. — 155. Cet article suppose un exécuteur testamentaire qui a la saisine; les alinéa 1, 2 et 5 le prouvent assez. C'est uniquement, en effet, quand l'exécuteur est saisi et doit prendre le mobilier, qu'il est obligé, s'il y a des héritiers incapables, de faire mettre immédiatement les meubles sous scellés pour ne s'en emparer qu'après que les incapables seront légalement représentés, et au moyen d'un inventaire qui constate régulièrement l'importance des choses qu'on met en sa possession (alin. 1 et 2). C'est uniquement quand il est saisi qu'il peut avoir à rendre compte de sa gestion à l'expiration de l'an et jour (alinéa 5). Si cet exécuteur n'était pas saisi, s'il n'avait pas la possession des meubles, de quelle gestion aurait-il donc à rendre compte? Pourquoi aussi serait-il obligé de faire mettre les scellés et de faire dresser l'inventaire? Serait-ce dans l'intérêt des héritiers incapables, pour empêcher que les meubles ne soient détournés à leur préjudice par leurs cohéritiers? Mais non; car l'exécuteur testamentaire n'est institué que dans l'intérêt des légataires pour assurer l'exécution du testament, et nullement dans l'intérêt des héritiers. Serait-ce dans l'intérêt des légataires, et pour prévenir le détournement qui pourrait être opéré à leur préjudice par les héritiers? Non encore; car alors la loi n'aurait pas restreint l'obligation de l'exécuteur au cas où il y a des héritiers incapables... L'article n'est donc écrit qu'en vue d'un exécuteur saisi; et c'est par une précaution prise contre lui-même, pour l'intérêt des héritiers auxquels il devra rendre compte plus tard, qu'il est soumis à l'apposition des scellés et à l'inventaire (1).

II. — 156. Quant aux alinéa 3 et 4, qui chargent l'exécuteur testamentaire de veiller à l'exécution des legs, notamment en provoquant la vente du mobilier, quand l'argent comptant est insuffisant pour les acquitter (mais non pas la vente des immeubles, comme le lui permettaient certaines coutumes dont le Code n'a pas reproduit les dispositions), et en intervenant dans les procès où la validité de ces legs serait en jeu (procès dans lesquels il ne peut qu'intervenir sans être jamais demandeur, ni défendeur principal), il est clair qu'ils s'appliquent également quand l'exécuteur ne sera pas saisi, puisqu'ils ne font qu'indiquer les fonctions essentielles à la qualité d'exécuteur testamentaire. Or, le second de ces alinéa, en chargeant généralement l'exécuteur de veiller à l'exécution du testament, nous paraît faire, pour celui qui n'est pas saisi, une faculté de ce qui est une obligation pour l'exécuteur saisi, c'est-à-dire de la réquisition des scellés et de l'inventaire : l'exécuteur non saisi ne *doit* plus, mais *peut* faire procéder à l'apposition des scellés et à la rédaction d'un inventaire: il le peut dans l'intérêt des légataires, afin que les héritiers ne puissent pas détourner ou détériorer les meubles qui sont la garantie ou même l'objet de leurs legs.

156 *bis*. Quoique l'exécuteur testamentaire ne soit jamais tenu à ce titre de payer les dettes du défunt, il peut, en fait, quand il a la saisine,

---

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Exécut. testam., n° 63).

être attaqué par les créanciers héréditaires comme détenteur des meubles de la succession, puisque ces créanciers peuvent tout aussi bien exercer leurs poursuites sur les meubles que sur les immeubles. L'exécuteur, dans ce cas, ne devra payer que du consentement de l'héritier ou par ordre de la justice, pour éviter des difficultés lors de la reddition de son compte. Il en est autrement des dettes auxquelles sa propre administration donne lieu. Ainsi l'exécuteur n'attendra pas l'autorisation de l'héritier pour acquitter les frais des funérailles que le testament aurait réglées, et dont la réalisation rentrait ainsi dans l'exécution même de ce testament; ceux des scellés qu'il requiert, de l'inventaire qu'il fait dresser, des inscriptions et autres actes conservatoires qu'il peut faire dans l'intérêt des légataires : il payera seul toutes ces dépenses et les fera entrer en compte plus tard (art. 1034).

III. — 157. C'est une question très-controversée que celle de savoir si le testateur peut dispenser son exécuteur testamentaire, saisi du mobilier, de l'obligation de faire inventorier ce mobilier en le prenant, et d'en rendre compte à l'expiration de la saisine. Grenier (n° 337), Favard (*Exécut. test.*, n° 7) et M. Vazeille (n° 14), suivant en cela l'opinion de Pothier, professent la négative; au contraire, Delvincourt, Toullier (V, 604) et M. Duranton (IX, 406), reproduisant l'ancienne doctrine de Ricard, soutiennent l'affirmative; quant à M. Coin-Delisle (qui, comme Merlin et quelques autres auteurs, ne parle que de la dispense d'inventorier, sans s'occuper de la dispense de rendre compte), il ne voit là qu'*une dispute de mots* qui ne saurait présenter des difficultés sérieuses, et il se décide comme Merlin pour l'affirmative. Peut-être que notre savant confrère, s'il avait pris la question dans son ensemble au lieu d'en écarter le point le plus grave, n'aurait pas trouvé si simple un problème qui divise tous nos auteurs anciens et nouveaux. Quoi qu'il en soit, nous devons examiner ici la question sous ces deux points de vue.

Quand le testateur n'a dispensé l'exécuteur que de l'inventaire, cette dispense est assurément très-valable, pourvu qu'on ne veuille pas lui donner plus d'effet qu'elle n'en comporte. L'exécuteur est alors dispensé de faire dresser un inventaire : donc il ne sera pas tenu de le faire; mais voilà tout. Il ne sera pas tenu de le faire dresser, lui; mais les héritiers pourront fort bien le faire, s'ils le veulent. Le testateur peut *dispenser l'exécuteur* de faire rédiger l'inventaire; mais il ne peut pas défendre qu'un inventaire soit dressé. Sans doute, ce testateur, au lieu de ne donner à l'exécuteur que la saisine de son mobilier en le laissant soumis à l'obligation d'en rendre compte, pourrait (si tout ce mobilier se trouve disponible) lui en conférer la pleine propriété; mais puisqu'il ne le fait pas, puisqu'il laisse cette propriété à ses héritiers, il est évident qu'il ne peut pas empêcher ces héritiers, les propriétaires de ce mobilier, ceux auxquels il en doit être rendu compte, de remplir la formalité qui en constate l'importance : sans cela, que deviendrait la propriété des héritiers et l'obligation de leur rendre compte? Dire que l'exécuteur ne sera pas tenu de faire faire lui-même l'inventaire et qu'on

ne veut pas l'embarrasser de ce soin, c'est parfaitement possible, rationnel et légal; mais dire qu'aucun inventaire ne sera fait (quand subsistent la propriété des héritiers et l'obligation de leur rendre compte), ce serait tout ensemble immoral et absurde... (1)

158. Si le testateur avait dispensé, et de faire dresser l'inventaire en prenant le mobilier, et aussi d'en rendre compte à l'expiration de la saisine (soit qu'il l'eût déclaré en termes formels, soit qu'il fût reconnu que tel est le sens implicite de sa clause), la question serait plus délicate; et c'est dans ces termes qu'elle a partagé tous nos auteurs, avant le Code comme depuis. Cependant, si embarrassant que ce point ait pu paraître, nous n'hésitons pas à dire, avec M. Vazeille, Grenier et Pothier, qu'une telle clause serait absolument nulle (2).

Les raisons les plus spécieuses qu'on ait données, ou que l'on puisse donner, pour établir la validité d'une pareille clause, se réduiront toujours à cet argument : « Donner à des exécuteurs testamentaires la possession de son mobilier en les dispensant de l'inventorier d'abord et d'en rendre compte plus tard, c'est leur permettre de faire de ce mobilier ce qu'ils voudront, d'en disposer en maîtres et comme ils l'entendront; c'est donc en réalité les en rendre propriétaires, avec simple prière d'en remettre ce qu'ils ne croiront pas devoir employer ou garder. C'est donc là, sous des expressions impropres, un véritable legs, qui est valable, comme tout autre, s'il ne dépasse pas le disponible et ne s'adresse pas à des personnes incapables de le recevoir. » Or, ceci est profondément inexact. Non, celui qui dispense son exécuteur testamentaire de l'inventaire et du compte du mobilier dont il le saisit, n'a pas, ne peut pas avoir la pensée de le faire légataire de son mobilier : la saisine n'est conférée à l'exécuteur, comme le bon sens le dit, comme le prouve l'ensemble de notre section et notamment l'art. 1027, que pour que ce mobilier soit employé à l'exécution des divers legs; le mobilier n'étant confié à l'exécuteur que pour les légataires, comment pourrait-il lui être en même temps donné en propriété? Sans doute, le testateur pourrait léguer son mobilier à l'exécuteur testamentaire; mais alors il ne pourrait pas lui en conférer la saisine pour l'exécution testamentaire : la saisine dont il s'agit est exclusive de la propriété; ce sont deux choses incompatibles.

Que devient donc cet *unique* argument de Toullier, M. Duranton, etc., « *qui peut le plus peut le moins;* et dès lors le testateur peut dispenser son exécuteur de l'inventaire et du compte *des meubles dont il lui confère la saisine,* puisqu'*il pourrait les lui donner,* et que la dispense de l'inventaire et du compte est un avantage moindre!... » Non, certes, le testateur ne pouvait pas *le plus,* il ne pouvait pas *donner en*

---

(1) *Conf.* Aubry et Rau (VI, § 711, note 13, p. 134); Massé et Vergé (III, p. 258, note 9); *Dict. not.* (v° Exécut. testam., n° 80).

(2) L'exécuteur testamentaire doit rendre compte, même alors qu'il en a été dispensé par le testateur. Douai, 23 juin 1846 (Dev., 46, II, 364; Dall., 46, II, 155); Demolombe (V, n° 119); Troplong (n° 2028). — Jugé au contraire que l'exécuteur testamentaire peut être dispensé de rendre compte par le testateur qui ne laisse pas d'héritier à réserve. Nîmes, 23 mai 1865 (Dev., 65, II, 285).

propriété à son exécuteur *les meubles dont il lui donnait la saisine* pour l'exécution des autres legs. Il pouvait léguer son mobilier à tout autre que l'exécuteur; il pouvait aussi le léguer à cet exécuteur, s'il ne lui en avait pas conféré la saisine au profit des légataires; mais du moment qu'il lui en confère cette saisine au profit de tous, il ne peut pas tout ensemble lui en conférer la propriété. Donc, loin que la dispense d'inventaire et de compte puisse transformer l'attribution de la saisine en un legs, elle confirme, au contraire, l'impossibilité de ce legs, puisqu'elle suppose le maintien de cette saisine; car, s'il n'y avait pas de saisine, l'exécuteur ne devrait pas de compte, et s'il n'y avait pas de compte possible, il n'y aurait pas lieu de l'en dispenser. Et en effet, ne serait-il pas aussi contraire au droit qu'à la morale de voir un administrateur s'emparer des meubles d'autrui et les employer à son caprice, sans aucun contrôle, sans constatation de leur importance, sans compte à rendre?

Tout ce que pourra faire le testateur, c'est de léguer à l'exécuteur le reliquat de son compte. De cette manière, si l'exécuteur, après que son compte est rendu et arrêté, se trouve redevoir à la succession, il garde à titre de legs la somme qu'il doit; mais on n'a plus cette idée, monstrueuse en droit, d'un administrateur qui n'a pas de compte à rendre au maître des biens qu'il administre.

IV. — 159. Mais de ce que l'exécuteur doit, lorsque finit son droit de détention, rendre ses comptes et remettre à l'héritier la partie du mobilier qu'il n'a pas employée à l'exécution des legs, il n'en faudrait pas conclure que cet exécuteur perd alors sa qualité et ses droits. Tant qu'il reste des legs à exécuter, il y a donc lieu à exécution testamentaire, et l'exécuteur conserve toujours sa mission; seulement, il est alors exécuteur testamentaire non saisi, comme il l'aurait été dès l'origine si le testament ne lui avait pas conféré la saisine (1).

V. — 160. C'est surtout à l'occasion des exécuteurs testamentaires que s'élève la question de savoir si un testateur peut valablement charger une personne, par lui désignée, de remettre une partie de ses biens à une autre personne qu'il ne désigne pas. « Ainsi, je charge mon exécuteur testamentaire de remettre 1 000 francs, ou telle partie de mes meubles, à la personne que je lui ai précédemment indiquée », ou bien je veux qu'une somme de... soit remise au curé de telle paroisse, qui en fera l'usage dont nous sommes convenus, etc., etc.

Nous n'hésitons pas à dire que de telles dispositions sont nulles, par cette raison que la personne à qui le bien doit être remis n'étant pas connue, l'héritier ne sait pas si elle est capable de recevoir du défunt. En pareil cas, ce n'est pas la personne chargée de remettre la chose, mais bien celle à qui la chose doit être remise, qui est légataire; or,

(1) Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire expirent lorsqu'ils sont devenus sans utilité pour l'exécution du testament par la délivrance des legs aux légataires, et lorsqu'il n'y a plus d'instances pendantes dans lesquelles il ait intérêt à intervenir. Cass., 19 avr. 1859 (Dev., 59, I, 411; Dall., 59, I, 277).

comment voudriez-vous vérifier la capacité de ce légataire que l'on tient si soigneusement caché? (1)

161. Le testateur, au surplus, a un moyen bien simple d'arriver au même résultat sans violer la loi. Quand on charge ainsi un tiers de remettre un bien quelconque à une personne que ce tiers seul connaît, c'est qu'on a toute confiance en ce tiers, et qu'on ne craint pas de sa part un détournement. Mais, puisque le testateur a toute confiance en ce tiers pour l'exécution du projet qu'il lui a secrètement confié et qu'il ne veut pas faire connaître à d'autres, pourquoi, dans son testament, ne lui lègue-t-il pas cette chose purement et simplement?... Au lieu de dire : « Mon héritier comptera à Pierre 10 000 francs que celui-ci voudra bien remettre à la personne que je lui ai désignée », le testateur, après s'être expliqué avec Pierre sur l'emploi à faire de l'argent, peut dire tout simplement : « Je lègue 10 000 francs à Pierre. »

1032. — Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passeront point à ses héritiers.

162. Un mandat est une charge de confiance nécessairement personnelle à celui qu'on en investit, et qui, dès lors, ne doit pas passer à ses héritiers. Mais ces héritiers doivent pourvoir, jusqu'à ce que l'héritier du testateur soit averti de la mort de l'exécuteur, à ce qu'exigent les intérêts de la succession (art. 2010); et ils doivent aussi, bien entendu, rendre compte de l'exécution commencée par leur auteur. — Toutefois, si la charge d'exécuteur testamentaire avait été conférée, non à *telle personne* déterminée, mais à la *qualité même* de la personne (par exemple, le prêtre qui sera curé de la paroisse, ou le magistrat dirigeant le parquet du tribunal), il est clair que les pouvoirs passeraient à toute personne exerçant la fonction (2).

1033. — S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres; et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée.

SOMMAIRE.

I. Du cas où les divers exécuteurs nommés ont accepté tous.
II. *Quid* si l'un ou quelques-uns ont refusé? Dissentiment avec Delvincourt et M. Duranton.

I. — 163. La loi suppose ici que le testateur a désigné plusieurs

(1) *Conf.* Merlin (*Instit. d'hér.*, sect. 4, 4°, 12); Toullier (V, 351 et 606); Duranton (IX, 408); Vazeille (art. 967 et 408), etc.
(2) Conf. *Dict. not.* (v° Exécut. testam., n° 94).

exécuteurs testamentaires, et que tous ont accepté la mission ; elle ne parle pas du cas où l'un ou quelques-uns refuseraient.

Quand les divers exécuteurs nommés ont accepté tous, leurs droits et leurs obligations se déterminent d'après une distinction bien simple. — Si le testament attribue à chacun des fonctions spéciales, chaque exécuteur n'a de pouvoir que relativement à l'objet qui lui est assigné ; et pourvu qu'il se soit renfermé dans les limites de cet objet, sa responsabilité ne s'étend pas au delà. — Si, au contraire, les divers exécuteurs ont été nommés sans division de fonctions, la loi, pour prévenir les embarras et les retards qui se produiraient infailliblement si aucun acte de gestion ne pouvait être fait que par tous les mandataires réunis, reconnaît à chacun, d'après l'intention présumée du testateur, le droit d'agir à défaut des autres ; en sorte que chaque exécuteur séparément se trouve avoir tous pouvoirs, exactement comme s'il avait été choisi seul. Alors aussi, et par une conséquence toute naturelle, chaque exécuteur répond de la gestion pour le tout et solidairement avec ses coexécuteurs, par exception à l'art. 1995, qui n'admet la solidarité entre plusieurs mandataires qu'autant qu'elle est formellement exprimée par le mandat. — La solidarité existerait encore, d'après notre article, même pour des exécuteurs nommés à des fonctions spéciales, si ces exécuteurs, au lieu de respecter les limites tracées par le testament, avaient empiété sur les fonctions respectives les uns des autres : c'est seulement quand le testateur a divisé les fonctions, *et que chacun s'est renfermé dans la sienne,* que la solidarité disparaît. Que si plusieurs s'étaient tenus dans les limites imposées, et que d'autres en fussent sortis, ces derniers seulement, bien entendu, seraient frappés de solidarité.

La solidarité n'est établie, au surplus, que pour le compte du mobilier confié aux exécuteurs ; elle n'aurait pas lieu (à moins d'une clause formelle dans le testament) pour les dommages-intérêts qu'ils pourraient devoir pour d'autres objets, ni contre les exécuteurs à qui l'on n'aurait pas donné la saisine.

II. — 164. Le Code, ainsi que nous l'avons fait observer, ne dit rien du cas où, plusieurs exécuteurs étant nommés, les uns accepteraient, tandis que les autres refuseraient. Que décidera-t-on dans ce cas? Delvincourt, et après lui M. Duranton (IX, 423), enseignent que le refus de l'un empêcherait les autres d'agir. On peut dire, en effet, que la loi ayant supposé au testateur l'intention tacite de conférer à chacun de ses mandataires un pouvoir général et absolu, on doit lui supposer aussi, du point de vue légal, la pensée de les avoir *tous ensemble,* afin que tel ou tel (sur la *prudence* duquel il compte) puisse diriger et surveiller tel et tel autre (qu'il a choisis surtout pour leur *activité*). Cette doctrine, qui n'a rien assurément que de très-raisonnable, nous paraît cependant une conséquence exagérée de notre article. De ce qu'on n'est pas dans les conditions prévues par notre article, que faut-il conclure? Qu'on ne suivra plus la règle de cet article, et rien de plus. Ainsi, de ce que les divers exécuteurs n'ont pas accepté tous, concluez-en qu'on

ne pourra pas permettre à l'un *d'agir seul;* mais n'allez pas plus loin. La volonté, légalement supposée ici, que chacun des mandataires puisse agir seul *si tous acceptent,* entraîne bien *à contrario* l'idée que chacun ne pourra pas *agir seul* si tous n'acceptent pas, si quelqu'un refuse; mais elle n'entraîne pas cette autre idée, que le refus de l'un empêchera aussi les autres *d'agir collectivement...* Ce n'est plus ici un *second* cas, corrélatif à celui que la loi prévoit explicitement, et qui se trouve ainsi prévu lui-même implicitement; c'est une troisième idée, qui n'est prévue ni explicitement, ni implicitement, ni directement, ni *à contrario;* et cette idée n'étant pas prévue, il faut l'apprécier d'après le droit commun et les principes généraux.

Nous pensons donc qu'on devra reconnaître alors aux exécuteurs acceptants le droit d'agir simultanément, à moins qu'il ne résulte des termes du testament que la pensée du testateur était de ne conférer aucun pouvoir à ses exécuteurs que sous la condition qu'ils accepteraient tous. L'art. 1858, au titre de la *Société,* dont M. Duranton argumente pour soutenir sa thèse, lui serait, au contraire, on ne peut plus opposé, puisqu'il n'enlève à chaque associé le droit d'agir seul en l'absence des coassociés que lorsqu'*il a été stipulé* par l'un des administrateurs qu'il ne pourrait rien faire sans l'autre.

1034. — Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge de la succession.

165. Il est tout simple que l'exécuteur testamentaire ne supporte en définitive aucuns des frais qu'il a été obligé de faire, et que tous ces frais lui soient passés en compte. Mais ce n'est pas toujours à la charge *de la succession,* comme le dit notre article, que les dépenses tomberont; c'est, s'il y a des héritiers réservataires, à la charge *de la portion disponible* de cette succession. En effet, l'exécuteur testamentaire n'est nommé, et tous les frais auxquels ses fonctions donnent lieu ne sont faits que dans l'intérêt des légataires; ces frais, qui ne sont qu'un accessoire des legs et un moyen d'en procurer le payement, doivent donc se prendre comme eux sur le disponible, afin que l'héritier ait toujours sa réserve intacte. — Il en serait autrement, bien entendu, des dépenses qui, quoique faites par l'exécuteur, ne l'auraient pas été dans l'intérêt des légataires. Ainsi, par exemple, si c'était cet exécuteur qui eût payé les frais funéraires, ou si, chargé du payement de certaines dettes, il avait eu à plaider contre les créanciers héréditaires, il est clair que de telles dépenses seraient à la charge de tout le patrimoine, et non du disponible seulement.

SECTION VIII.

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS, ET DE LEUR CADUCITÉ.

166. Les legs peuvent être révoqués : 1° par le testateur lui-même, qui, bien entendu, n'a pas à rendre compte de son changement de vo-

lonté; 2° par sentence du juge, après la mort du testateur, pour l'une des causes d'indignité du légataire prévues par la loi. La révocation spécialement dite, celle qui a lieu par la volonté du testateur, fait l'objet des art. 1035-1038; celle qui est encourue par le fait du légataire n'est traitée que dans les deux derniers articles de la section (1046 et 1047).

Les articles intermédiaires (1039-1045) s'occupent de la caducité des legs, c'est-à-dire des causes qui les rendent inefficaces, sans que la volonté ou l'incapacité du testateur, ni l'indignité du légataire, y soient pour rien; ces causes sont la destruction de la chose, le prédécès, l'incapacité ou le refus du légataire. A ce sujet, le Code traite de l'accroissement des legs, c'est-à-dire des cas dans lesquels le prédécès, l'incapacité ou le refus du légataire ne produisent pas la caducité de la disposition.

Ainsi, quoique notre section parle successivement: 1° de la révocation (art. 1035-1038); 2° de la caducité (art. 1039-1043); 3° de l'accroissement (art. 1041-1045), et 4° de l'indignité (art. 1046 et 1047), elle n'a cependant que deux objets principaux dans lesquels viennent se fondre les deux autres, savoir: la révocation et la caducité.

§ 1er. — De la révocation par la seule volonté du testateur.

1035. — Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté.

SOMMAIRE.

I. La révocation peut être expresse ou tacite. La révocation expresse ne peut se faire que dans un nouveau testament ou dans un acte notarié.

II. La révocation inscrite dans un testament n'a pas d'effet si ce testament est nul. — Celle qui serait faite par un acte olographe ne contenant aucune libéralité serait également nulle, attendu que cet acte ne constituerait pas un testament: dissentiment avec la généralité des auteurs.

III. La révocation par acte notarié est valable, quoique cet acte soit nul comme donation et comme testament, s'il est valable comme acte notarié ordinaire: dissentiment avec plusieurs auteurs.

I. — 167. Un testateur reste toujours libre jusqu'à ses derniers instants de modifier à son gré ou d'anéantir complétement les dispositions testamentaires qu'il a faites, le testament n'étant, jusqu'au décès, qu'un projet que son auteur peut changer comme il l'entendra. Toute clause, insérée soit dans un testament, soit dans tout autre acte, par laquelle la personne se serait interdit de révoquer une ou plusieurs dispositions testamentaires, serait radicalement nulle comme contraire à la liberté personnelle et à l'ordre public.

La révocation des testaments par la volonté de leur auteur peut être expresse ou tacite. Le Code va s'occuper de la révocation tacite dans les art. 1036 et 1038; et notre article, quoiqu'il ne le dise pas, n'entend

parler que de la révocation expresse : sans cela, sa disposition restrictive : « *les testaments ne pourront être révoqués que...* » serait complétement fausse; il aurait dû dire : « ne pourront être révoqués *expressément.* »

La révocation, soit expresse, soit tacite, peut frapper ou sur un testament entier, ou seulement sur une ou plusieurs des dispositions que ce testament contient : la révocation est toujours celle d'un legs (ou de plusieurs), mais elle n'est pas toujours celle d'un testament.

La révocation expresse ne peut jamais se faire verbalement : elle ne peut se faire que par écrit, et elle n'est valable qu'autant qu'elle est consignée ou 1° dans un testament postérieur, ou 2° dans un acte notarié (1).

II. — 168. La révocation expresse peut d'abord se faire valablement dans un testament postérieur, quelles que soient la forme de ce nouveau testament, et celle du testament que l'on révoque en tout ou partie. Ainsi, un testament mystique ou authentique peut très-bien être révoqué par un testament olographe; un testament ordinaire peut l'être par un testament privilégié, et *vice versâ.* — Bien entendu, il faut que le testament révocatoire soit valable; car, s'il était nul, s'il n'avait pas d'existence légale, on ne pourrait plus dire que la révocation se trouve dans un testament, puisque, en droit, il n'y aurait pas de testament. Nous verrons au numéro suivant ce qu'il faudrait décider s'il s'agissait d'un testament public, nul comme testament, mais qui offrirait toutes les conditions de l'acte notarié ordinaire (2).

169. Mais la révocation serait-elle valable par cela seul que l'acte qui la contiendrait serait écrit en entier, daté et signé par la personne, et quoique cet acte ne présentât aucune disposition de biens? Presque tous les auteurs, et comme eux un ancien arrêt de la Cour de cassation, répondent affirmativement (3). Mais leur solution, que M. Bugnet (sur Poth., VIII, p. 308) trouve fort douteuse et que Delvincourt rejette (t. II), est en effet une erreur.

De très-anciens auteurs (4), partant de l'idée fausse que la révocation d'un testament est par elle-même, et en dehors de toute disposition nouvelle des biens, un testament nouveau (parce qu'elle équivaut

---

(1) Une disposition testamentaire peut être déclarée sans effet, bien qu'elle n'ait pas été révoquée expressément, lorsque la cause exprimée qui avait déterminé le testateur à faire la libéralité est venue à cesser. Rouen, 3 déc. 1846 (Dev., 47, II, 332; Dall., 47, II, 163).

(2) Une disposition testamentaire nulle, comme contenant une substitution prohibée, n'en a pas moins l'effet de révoquer les testaments antérieurs dont les dispositions étaient incompatibles avec le nouveau testament. Poitiers, 6 mai 1847; Cass., 25 juill. 1849 (Dev., 47, II, 353; 49, I, 673; Dall., 47, II, 132; 49, II, 321).

(3) Merlin (*Rép.*, v° Révoc. de codic.); Grenier (n° 342); Toullier (V, 633); Duranton (IX, 431); Dalloz, (ch. 9, sect. 1); Vazeille (n° 17); Poujol (n° 5); Coin-Delisle (n° 7); Zachariæ, Aubry et Rau (VI, § 725, texte et note 3); *Dict. not.* (v° Révocation de test., n° 11); Paris, maintenu en Cassation, le 17 mai 1814; Bordeaux, 27 mars 1846 (Dev., 46, II, 524). *Voy.* Cass., 10 janv. 1865 (Dev., 65, I, 118; Dall., 65, I, 185).

(4) Bartole (sur la L. 18, *De Legat.*, 3°, n° 3); Barry (*De Succ.*, lib. 10, t. 1, n° 35); Domat (2e part., liv. 3, t. 1, sect. 5, n° 12).

à une attribution faite de ces biens aux héritiers du sang), enseignaient en conséquence que la révocation pouvait et devait se faire dans les formes du testament. Des auteurs plus récents, au contraire, comprenant bien que la révocation pure et simple d'un testament n'est point un testament, concluaient de l'absence de toute règle spéciale à cet égard dans notre ancienne législation que cette révocation pouvait se faire en quelque forme que ce fût. Pothier, notamment, nous dit que « quoique l'acte qui contient cette révocation ne soit pas revêtu des formalités des testaments, la révocation ne laisse pas d'être valable. » Et il ajoute que l'acte révocatoire « n'a pas besoin d'être écrit par le testateur »; il suffit qu'il soit signé de sa main (*Donat. et Test.,* ch. 6, s. 2, § 1). Cela étant, les auteurs du Code avaient à choisir ici entre trois partis : 1° considérer l'acte révocatoire comme un testament, et dès lors en exiger les formes, comme Domat; 2° n'exiger aucune forme, comme Pothier; 3° s'écarter de l'une et de l'autre idée, et tout en considérant l'acte révocatoire comme n'étant point un testament, le soumettre à des formes particulières et autres que celles des testaments. Or, c'est à ce dernier parti que le Code s'est arrêté.

Il est d'abord évident et incontesté qu'il rejette la doctrine de Pothier, puisque, loin de se contenter d'un acte quelconque pour la déclaration du changement de volonté, il exige que cette déclaration soit consignée ou dans un second testament ou dans un acte notarié. Mais il n'est pas moins certain qu'il rejette aussi, et devait en effet rejeter la doctrine opposée de Domat, que tant d'auteurs veulent ressusciter aujourd'hui.

Il devait d'abord la rejeter; car rien n'est plus faux que de dire que quand je déclare révoquer le testament que j'avais fait, par là même je dispose et teste au profit de mes héritiers. Sans doute, je fais une chose qui profite à mes héritiers, mais cette chose n'est pas un testament, c'est tout simplement la suppression du testament qui leur nuisait; sans doute, d'après ma volonté, mes héritiers doivent alors prendre mes biens, mais ils ne les prendront pas en vertu d'un testament et comme légataires, ils les prendront comme successeurs AB INTESTAT, c'est-à-dire précisément à cause de l'*absence de tout testament*... Quand je dis dans un acte : « Je déclare révoquer le testament olographe que j'avais déposé chez telle personne », c'est, ni plus ni moins, comme si *je déchirais* ce testament olographe. Or, direz-vous qu'en déchirant un testament je fais par là même un second testament?

La vérité des choses commandait donc à notre législateur de rejeter cette fausse idée de Bartole et de Domat. Il l'a, en effet, rejetée; et on en trouve deux preuves pour une dans le texte d'abord, dans les travaux préparatoires ensuite. Dans le texte; car si le législateur avait entendu que la simple déclaration de suppression d'un testament est elle-même un testament, soumise dès lors aux formes testamentaires, il n'aurait pas pu, d'une part, dire qu'il fallait, soit *un testament,* soit *un acte notarié contenant la déclaration,* puisque, tout acte contenant cette déclaration étant dans ce système un testament, ce serait comme

s'il eût dit qu'il fallait UN TESTAMENT *ou bien* UN TESTAMENT. D'un autre côté, s'il eût entendu voir là un testament et exiger les formes testamentaires, il ne se serait donc pas contenté d'un acte notarié ordinaire, puisque pour le testament public le Code exige d'autres formes, plus rigoureuses que celles de la loi du Notariat : la loi se contentant ici d'un simple acte notarié, c'est donc qu'elle ne tient pas aux formes testamentaires, qu'elle ne voit pas là un testament, qu'elle n'admet pas, enfin, le système de Domat... Ce qui lève, au surplus, tout doute à cet égard, c'est que l'idée de soumettre la déclaration de révocation aux formes testamentaires était celle du projet du Code et qu'elle fut repoussée dès la première discussion au conseil d'État. Notre art. **1035**, en effet, voulait dans son premier état que la déclaration fût faite *dans l'une des formes requises pour les testaments;* mais à la suite de la discussion ce projet fut abandonné, et après une première transformation dans laquelle on exigeait que la déclaration se fît toujours *par acte authentique,* on admit enfin comme moyen terme, sur la demande du Tribunat, qu'elle pourrait se faire soit par testament postérieur, soit par acte notarié (Fenet, XII, p. 399, 435 et 463). — C'est donc bien *un testament,* et non pas seulement un acte fait *dans les formes du testament,* que le Code entend exiger, du moment qu'il n'y aura pas déclaration par acte notarié.

III. — 170. Le testament qui peut toujours être révoqué par un testament postérieur peut l'être aussi par un acte notarié, sans que cet acte ait besoin de constituer un testament nouveau. Du moment que la déclaration de changement de volonté aura été reçue d'après les règles portées par la loi du Notariat, la révocation s'ensuivra.

Ainsi, que cette déclaration soit insérée dans une donation entre-vifs qui se trouve nulle, faute d'acceptation expresse, elle produira son effet (Cassat., 25 avril 1825 ; Lyon, 7 fév. 1827) ; car si l'acte est nul en tant que donation et pour contravention aux règles de la section I du chapitre IV de notre titre, il ne présente aucun vice comme acte notarié et ne contrevient en rien aux règles de la loi de ventôse an 11... (1)

Il en est de même, selon nous, de la déclaration contenue dans un testament qui se trouve nul en la forme, mais pour contravention à des règles autres que celles de la loi de ventôse ; par exemple, parce que ce testament aurait été reçu par un notaire assisté de trois témoins au lieu de quatre. De nombreuses autorités décident le contraire (2) ; mais nous ne saurions les suivre en ce point. Alors, en effet, il y a dans l'acte, comme ci-dessus, deux choses distinctes : 1° un testament public ; 2° une déclaration solennelle de révocation du testament anté-

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Rév. de test., n° 32).

(2) Merlin (*Rép.*, v° Testam., sect. 2) ; Grenier (n° 342) ; Favard (v° Testam., sect. 3) ; Coin-Delisle (n° 8) ; Aubry et Rau (VI, § 725 et note 5, p. 183) ; Massé et Vergé (III, p. 293) ; Demolombe (V, n° 155) ; Rej., 20 fév. 1821 ; Toulouse, 12 août 1831 ; Aix, 5 avr. 1834 ; Rej., 2 mars 1836 (Dev., 32, II, 586 ; 36, I, 174) ; Agen, 9 août 1854 ; Cass., 10 avr. 1855 (Dev., 54, II, 649 ; 55, I, 321 ; Dall., 55, I, 145 ; *J. Pal.*, 55, II, 349). Voy. *Dict. not.* (v° Rév. de test., n°s 25 et suiv.).

rieur. Le testament est nul, il est vrai, puisqu'il n'y a eu que trois témoins et que le Code en exige quatre à peine de nullité (art. 971 et 1001); mais comment la clause révocatoire serait-elle nulle aussi pour cette même cause, puisqu'elle n'est soumise qu'aux règles de la loi de ventôse, et qu'il lui suffit dès lors de deux témoins? La clause, dit-on, fait alors partie intégrante d'un testament; et dès lors, le testament tombant, elle tombe. Mais pourquoi donc la considérer comme partie intégrante et nécessaire du testament public, quand on peut la concevoir distincte de lui, et que la loi lui attribue une forme différente? Pourquoi la rattacher à la forme testamentaire et la déclarer nulle, quand on peut la rattacher à la forme notariée simple et la trouver valable? L'écrit qui contient la déclaration étant tout ensemble testament et acte notarié, et la déclaration revêtant ainsi simultanément deux formes permises l'une et l'autre, il ne peut donc y avoir nullité, pour vice dans la forme exigée, qu'autant que ces formes seraient vicieuses toutes deux... Un testament public, parce qu'il est testament, ne cesse pas d'être acte notarié. — On nous dit, enfin, que notre système donne à craindre de contrarier la volonté du testateur; qu'en faisant un second testament en même temps que la révocation du premier, il avait peut-être la pensée de ne révoquer qu'autant que ce testament postérieur recevrait son exécution... Cette objection n'est pas plus heureuse que la précédente; car elle suppose, gratuitement et par un *peut-être,* dans la révocation, une condition qu'on ne peut pas y voir. L'art. 1037 repousse invinciblement ce système, non par un argument direct, mais par une analogie frappante.

En effet, s'il fallait dire que la révocation écrite dans un testament postérieur ne doit avoir de force qu'autant que ce second testament recevra son exécution, il faudrait donc la déclarer non avenue, quand il y aura incapacité ou refus du second légataire. Par exemple, après avoir légué, en 1836, ma maison à Pierre, je déclare en 1852, par un nouveau testament, la retirer à Pierre pour la donner à Paul; et à ma mort, Paul refuse le legs. Dans votre système, vous devez dire que le second testament n'ayant pas d'effet, le premier n'a pas été révoqué; que le testateur n'a pas enlevé sa maison à Pierre absolument, mais seulement pour l'attribuer à Paul; que s'il a préféré Paul à Pierre, il préférait aussi Pierre à ses héritiers du sang; que la révocation du legs de Pierre se trouvait faite sous cette condition implicite, « si le nouveau legs que je fais à Paul reçoit son exécution »; or cette théorie est démentie par l'art. 1037, qui déclare que la révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, « quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité ou le refus du légataire. » Et, en effet, pour qu'une révocation soit reconnue conditionnelle, il faut que le déclarant ait exprimé la condition à laquelle il entendait la soumettre (1).

---

(1) *Conf.* Maleville, Delaporte (n° 391); Toullier (V, 626); Delvincourt, Duranton (IX, 438); Vazeille (n° 2); Bruxelles, 22 juill. 1807.

1036. — Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui seront contraires.

SOMMAIRE.

I. Première cause de révocation tacite. Elle a lieu pour les dispositions qui se trouvent être incompatibles dans la pensée du disposant avec un testament postérieur.

II. C'est une simple question d'intention. Résumé de la règle. Erreur de Toullier reconnue par M. Duvergier.

I. — 171. Nous rencontrons ici la première des causes de la révocation tacite, dont la seconde va nous être indiquée par l'art. 1038. Quant à l'art. 1037, il ne fait que compléter la disposition de notre article et du précédent, et il est commun à toutes révocations faites par testament, soit tacites, soit expresses.

La révocation tacite est celle qui se manifeste non plus *verbis*, par la déclaration formelle du testateur, mais *re*, par un fait qui prouve chez ce testateur le changement de volonté. Au reste, cette seconde révocation, comme la première, est restreinte et limitée par la loi ; et de même que la révocation expresse ne résulte pas d'une déclaration quelconque, mais seulement d'une déclaration écrite dans un testament ou dans un acte notarié, de même la révocation tacite ne peut résulter que de faits prévus par le Code. — Elle résulte, d'après notre article, de l'*incompatibilité* ou de la *contrariété* qui existe entre les dispositions antérieures et les dernières. Dire au juste quelle différence les rédacteurs ont entendu mettre entre l'incompatibilité et la contrariété des dispositions, ce serait chose assez difficile, et fort inutile d'ailleurs, attendu que les dispositions contraires sont nécessairement incompatibles. C'est donc, en définitive, quand il y aura incompatibilité entre deux dispositions que la première sera révoquée.

II. — 172. Quant à savoir quand il y aura incompatibilité, quand deux dispositions devront être regardées comme inconciliables entre elles, c'est là *un point de fait* sur lequel il est impossible de porter en thèse aucune règle absolue, et que les tribunaux devront toujours décider par les circonstances (1).

Remarquons bien, en effet, qu'il ne s'agit pas ici d'une incompatibilité considérée en soi, de dispositions inconciliables absolument et par elles-mêmes, mais de dispositions incompatibles dans l'intention du testateur, et qui se trouvent inconciliables d'après la volonté qu'il avait en les écrivant : l'incompatibilité n'a pas besoin d'être matérielle

(1) *Voy.* Rej., 25 juin 1828, 22 juin 1831, 29 mai 1832, 8 juill. 1835, 30 mars 1841, 10 mars 1851 (Dev., 31, I, 255; 32, 436; 35, 741; 41, 406; 51, 361); Grenoble, 17 mars 1853 (Dev., 54, II, 129; Dall., 55, II, 331); Toulouse, 13 nov. 1863 (Dev., 64, II, 48). *Conf.* Aubry et Rau (VI, § 725, p. 187); Massé et Vergé (III, § 502, note 10, p. 29); Demolombe (V, n°s 169 et suiv.). *Contrà* : Devilleneuve (Dev., 50, II, 241). Voy. *Dict. not.* (v° Rév. de test., § 2, art. 2).

et dans la nature des choses, il suffit qu'elle soit dans la pensée du disposant (1).

Ainsi, quand Titius, après avoir institué Pierre légataire universel dans un premier testament, confère le même titre à Paul par un testament postérieur, il est clair qu'il peut y avoir là, selon les cas, ou substitution du second légataire au premier et révocation du legs antérieur, ou bien établissement de deux légataires universels appelés à concourir. Quelquefois les termes mêmes du second legs suffiront pour faire connaître à ce sujet la pensée du testateur : si Titius, par exemple, a dit qu'il choisit Paul pour *son seul héritier,* il est évident que le legs de Pierre est révoqué. Quelquefois ce sera dans une autre partie de l'acte que l'intention se manifestera. Si Titius, après avoir dit qu'il institue Paul légataire universel, ajoutait diverses autres libéralités et terminait en disant : « Toutes ces dispositions seront acquittées par *mon* légataire universel, qui gardera le *reste* de mes biens », on verrait par là qu'il ne doit pas y avoir deux légataires universels, mais un seul. D'autres fois ce sera par l'ensemble des deux testaments comparés l'un à l'autre que l'on découvrira la volonté du défunt. Quelquefois, enfin, on ne pourra se décider que par des circonstances de fait cherchées en dehors des actes testamentaires.

Ainsi encore, quoique l'on dise généralement que le legs, fait à une seconde personne, d'un corps certain déjà légué à une autre par un testament antérieur, révoque le legs précédent, il pourra bien arriver que le second legs ne soit que l'attribution d'une copropriété de l'objet, et que les deux legs doivent être maintenus l'un et l'autre. Si, après avoir légué telle ferme à Louis, Titius l'a léguée par un second testament à Jacques, certains termes de ce second testament, ou d'autres circonstances, pourraient fort bien prouver qu'il a entendu la leur attribuer à tous deux. Si, au contraire, il s'agissait d'un objet de peu de valeur (une montre, une tabatière) que le premier testament de Titius donnait à son domestique, et que le second attribue à un ami, la mince valeur de l'objet et aussi la circonstance que le second légataire a de la fortune prouveraient clairement que c'est là un souvenir que le testateur a voulu laisser à cet ami, qu'il a dès lors entendu lui attribuer l'objet à lui seul, et il n'y aurait pas de doute possible sur la révocation du premier legs. — Réciproquement, quoique deux legs faits par des testaments successifs à une même personne doivent le plus souvent coexister et s'exécuter tous deux, les circonstances pourront souvent démontrer, même pour les legs de sommes d'argent, que le testateur a entendu substituer le second legs au premier et révoquer celui-ci (2).

---

(1) *Voy.* l'arrêt précité du 10 mars 1851 et nos observations sur cet arrêt dans la *Revue critique* (t. I, p. 449 et suiv., n° 2).

(2) *Conf.* Paris, 29 avr. 1851; Cass., 27 avr. 1852 (Dev., 51, II, 367; 52, I, 459; Dall., 52, I, 121). *Voy.* aussi 19 juill. 1847; Limoges, 12 juin 1852 (Dev., 47, I, 731; 52, II, 581; Dall., 47, I, 308; 53, II, 230); Agen, 6 déc. 1858 (Dev., 58, II, 706); Caen, 17 janv. 1865 (Dev., 65, II, 98). Voy. *Dict. not.* (v° Rév. de test., n°s 71 et suiv.).

Un bon curé de village, après avoir fait un testament fort long et contenant une

173. Notre article se résume donc à dire que les dispositions postérieures révoquent les précédentes, quand il résulte clairement des circonstances que le testateur a eu la volonté de supprimer les premières pour y substituer les secondes, et qu'il a entendu qu'elles ne pussent concourir. Cela étant, on ne conçoit pas comment Toullier a pu écrire (V, 643) que si une personne qui a légué un fonds de terre à Titius dans un premier testament lui lègue cent écus dans un second, le premier legs est révoqué par cela seul. Il est évident, au contraire, que les deux legs sont dus, à moins que quelque circonstance particulière ne prouve que l'argent a été légué *à la place* du fonds (*si* PRO FUNDO *decem legentur*). Aussi M. Duvergier, dans ses notes, reconnaît comme nous que Toullier est tombé ici dans l'erreur.

1037. — La révocation faite dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir.

174. Du moment qu'une disposition se trouve valablement révoquée, soit expressément, soit tacitement, par un testament postérieur, cette disposition première se trouve donc non avenue; et elle ne pourrait revivre, dès lors, que par une volonté nouvelle du disposant. Or,

---

foule de dispositions et recommandations de toute nature, en fit, longtemps après, un second qui était *mot pour mot* la reproduction du premier, avec cette seule différence que les legs de sommes d'argent étaient tous augmentés; le préambule de ce nouvel acte était le même : le testateur y reproduisait ses volontés sur le lieu où il serait inhumé, sur le nombre, les jours et les heures des messes à dire pour le repos de son âme, sur la destination de ses chasubles, surplis, vases sacrés, et de ses livres (dont il voulait faire une bibliothèque cantonale). Le premier testament, en un mot, était *copié* dans tous ses détails; seulement les pauvres de la commune, au lieu de ne recevoir 100 francs chaque année (le jour du service anniversaire) que pendant les quatre ans qui suivraient son décès, les recevraient pendant six ans; les messes à dire pendant deux ans d'abord, devaient se dire pendant trois ans; celui à qui le premier testament n'avait attribué que 1 000 francs devait en recevoir 1 500; le légataire d'une somme de 800 francs devait en recevoir 1 200, et ainsi de suite. Il était évident que ce n'étaient pas là deux testaments exécutables tous deux, mais deux *éditions* d'un testament unique, dont la seconde était *augmentée* (au moyen des économies que le défunt avait faites dans l'intervalle) : il était évident que le second acte seul devait s'exécuter; que toutes ses parties, appréciées dans leur ensemble et d'après l'intention bien claire du testateur, étaient incompatibles avec les dispositions du premier, et que celui-ci se trouvait frappé d'une révocation tacite. On ne devait pas plus exécuter deux fois chaque legs d'argent qu'on ne devait remettre deux fois le calice d'or à tel prêtre et la chasuble rouge à tel autre, ou déposer deux fois le corps dans la sépulture indiquée. — Le Tribunal de Charolles jugea cependant le contraire sur l'action dirigée par un des légataires contre l'un des héritiers (avr. 1844), en se fondant sur ce qu'il n'y a aucune incompatibilité entre deux legs de sommes d'argent. Mais les autres héritiers, actionnés à leur tour, ayant présenté pour défense une consultation dans laquelle nous avions développé les observations ci-dessus, les magistrats en reconnurent l'exactitude et rendirent un second jugement contraire au premier.

Un cas analogue nous a également été soumis depuis en consultation (oct. 1850), dans une espèce dont ont parlé plusieurs journaux, à raison de cette autre particularité que le testateur avait légué aux villes de Rouen et de Caen des sommes formant des prix qui devaient être remis chaque année, au plus méritant, *le jour de la fête du roi*, alors que la royauté se trouvait abolie depuis près de trois ans au décès du testateur.

l'inefficacité dont le second testament se trouverait atteint (soit par le prédécès du légataire, soit par son incapacité, soit par son refus d'accepter) n'établissant en rien cette volonté nouvelle, elle ne peut donc pas empêcher l'effet de la révocation (1).

La loi ne met pas sur la même ligne, et n'y pouvait pas mettre, en effet, le cas où ce serait le testament lui-même qui se trouverait nul pour vice de forme. Avant que la révocation produise des effets, il faut d'abord qu'elle existe; pour qu'elle existe, il faut qu'il y ait un testament : or, le testament nul en la forme n'est qu'une apparence de testament sans existence légale. Il en est autrement, ainsi que nous l'avons dit sous l'art. 1035, quand le testament contenant une révocation (expresse) est un acte public qui, nul comme testament, vaut comme acte notarié; mais ce n'est plus là le cas de notre article, car la révocation se produit alors, non pas seulement comme faite par le testament, mais aussi comme faite par acte notarié : or, c'est seulement de la révocation par testament que notre article s'occupe.

Pour que la révocation subsiste ainsi malgré la nullité de forme du testament, il faut, évidemment, que le testament soit par acte public et que la révocation soit expresse : si, d'un côté, ce n'était pas un testament public, il ne pourrait donc pas, en tombant comme testament, se maintenir comme acte notarié; d'un autre côté, la révocation expresse est la seule qui puisse se faire sans testament.

175. Nous venons de dire que les dispositions qui ont été révoquées peuvent revivre par une volonté nouvelle du testateur. Ainsi, il n'est pas douteux que si une personne, après avoir opéré la révocation de son testament, révoque ensuite cette révocation en déclarant positivement revenir au testament primitif, ce testament primitif reprendra toute sa force. Mais en serait-il de même si le testateur retirait ainsi la disposition révocatoire sans exprimer qu'il entend faire revivre le testament révoqué? Ici les auteurs sont partagés : la plupart (notamment Grenier, n° 346; Delvincourt; Toullier, V, 635) décident que le premier testament ne vaudrait pas; d'autres, au contraire (M. Duranton, IX, 441; M. Coin-Delisle, art. 1035, n° 12) disent qu'il revit par le seul retrait de la révocation... Nous pensons, nous, qu'on ne peut donner une règle absolue ni dans un sens ni dans l'autre, et que la solution dépend des circonstances.

Si le testateur, par exemple, a révoqué son testament, non par un testament postérieur, mais par une simple déclaration notariée, il est évident que le retrait de la révocation signifie qu'il revient à son testament : il n'y a pas d'autre interprétation possible. Mais si, après avoir fait un premier testament au profit de Pierre, il l'a révoqué tacitement par un second testament au profit de Paul, et qu'il déclare ensuite ré-

(1) *Conf.* Bordeaux, 19 mars 1833; Rej., 13 mai 1834 (Dev., 33, II, 415; 34, I, 421). — Mais l'art. 1037 n'est pas applicable au cas où le testament postérieur se trouve nul pour cause d'incapacité du testateur lui-même, spécialement lorsque le testament postérieur a été fait par un mineur au profit de son tuteur. Cass., 11 mai 1864 (Dev., 64, I, 261; Dall., 64, I, 187). *Contrà :* Demolombe (V, n° 208).

voquer ce dernier, il y a deux sens possibles à cette nouvelle révocation ; elle peut signifier : « je retire mon second testament pour revenir au premier » ; mais elle peut signifier aussi : « je ne veux pas plus du second que du premier, et je reviens à la succession *ab intestat.* » Le plus souvent, les termes de la révocation feront comprendre la pensée du testateur ; mais toutes les fois que cette pensée restera douteuse, il est clair que ce sera là une question d'intention à décider en fait d'après les circonstances (1).

1038. — Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré dans la main du testateur.

SOMMAIRE.

I. Seconde cause de révocation tacite : aliénation de l'objet légué. Il suffit d'une aliénation de fait. L'aliénation sous condition suspensive ne suffit pas : dissentiment avec M. Duranton et M. Coin-Delisle.
II. Les legs universels ou à titre universel peuvent eux-mêmes se trouver atteints.
III. Troisième et dernière cause de révocation : suppression de l'acte testamentaire.
IV. La révocation n'est pas applicable à toutes les clauses que peut contenir un testament, mais aux legs seulement.

I. — 176. Le Code, plus sévère que l'ancien droit, déclare que toute aliénation de la chose léguée révoque le legs *ipso facto*. Il ne s'agit pas même d'une aliénation réelle en droit, mais d'une simple aliénation de fait, c'est-à-dire de cette seule circonstance que le testateur a voulu et cru aliéner, qu'il a consenti un acte d'aliénation, quoique cet acte n'ait aucune existence légale. C'est évident ; car l'article nous explique que la révocation aura lieu, bien qu'il s'agisse d'une vente avec faculté de rachat, et que l'objet soit ensuite rentré dans la main du vendeur (quoique l'exercice du rachat rende, en droit, la vente non avenue et comme n'ayant jamais eu lieu) ; et il ajoute qu'il en sera ainsi, encore que l'aliénation soit nulle. Ainsi, il y aurait révocation au cas d'une donation nulle pour absence des formes voulues ou pour défaut d'acceptation (2). La révocation aurait également lieu si l'aliénation était annulée pour incapacité, pour dol ou pour lésion. Dans tous ces cas, en effet, il y a eu, en fait, un acte d'aliénation consenti par le testateur.

---

(1) *Voy.* Lyon, 18 mai 1847 (Dev., 48, II, 23; Dall., 48, II, 47) ; Cass., 15 juill. 1846 (Dev., 46, I, 721 ; Dall., 46, I, 342); Cass., 5 juill. 1858 (Dev., 58, I, 577; Dall., 58, I, 385) ; Paris, 25 mars 1859 (Dev., 59, II, 499) ; Cass., 10 juill. 1860 (Dev., 60, I, 708; Dall., 60, I, 454) ; Caen, 17 janv. 1865 (Dev., 65, II, 98) ; Aubry et Rau (VI, § 725, note 6, p. 185 ; Massé et Vergé (III, p. 294); Demolombe (V, nos 160 et suiv.); *Dict. not.* (vo Rév. de test., nos 15 et suiv.).
(2) *Conf.* Bordeaux, 3 août 1858 (Dev., 59, II, 142 ; Dall., 59, II, 82) ; Aubry et Rau (VI, § 725, p. 192) ; Massé et Vergé (III, p. 298, note 16) ; Demolombe (V, no 228). *Contrà :* Paris, 11 déc. 1847 (Dev., 48, II, 337 ; Dall., 48, II, 129).

177. Mais il en serait autrement si c'était pour violence ou pour erreur sur la chose même que l'aliénation fût nulle. Ainsi, s'il est constant que le testateur n'a signé l'acte de vente que le pistolet sous la gorge, ou qu'en déclarant vendre sa maison de Chaillot (qu'il avait léguée à Pierre), c'est de sa maison de Choisy qu'il entendait parler, il n'y a pas alors révocation; car non-seulement il n'y a pas eu, en droit, aliénation (ce qui n'est pas nécessaire), mais il n'y a pas eu non plus, en fait, la volonté d'aliéner (ce qui était indispensable).

M. Duranton (IX, 459) et M. Coin-Delisle (n° 4) enseignent que la révocation résulterait même d'une aliénation faite sous condition suspensive; mais cette doctrine nous paraît erronée, et elle est en effet rejetée par la plupart des auteurs (1). Ce cas n'est nullement analogue à celui de vente à réméré, auquel on veut l'assimiler... L'exercice du réméré, en rendant la vente non avenue en droit, n'empêche pas qu'il n'y ait eu vente en fait. Il en est de même d'une vente sous condition résolutoire : cette vente existe, elle peut seulement être résolue, révoquée; si la résolution arrive, elle sera *censée* n'avoir pas eu lieu, mais elle aura eu lieu en réalité; elle sera non avenue *en droit,* mais ce sera un fait réellement accompli. Quand l'aliénation, au contraire, dépend d'une condition suspensive et que cette condition ne s'accomplit pas, l'aliénation n'a jamais eu lieu, ni en droit, *ni en fait*. — Par exemple, si après avoir légué à Pierre telle maison, je déclare vous la donner si vous épousez telle personne, et que le mariage ne se fasse pas, il est clair qu'il n'y a jamais eu d'aliénation, pas plus en fait qu'en droit; ce n'est plus là une aliénation que la théorie du droit répute n'avoir pas eu lieu, quoiqu'elle se soit vraiment accomplie; c'est un acte qui, dans le fait même, n'a jamais été qu'un projet sans réalisation : je n'ai pas retiré la maison à mon légataire, j'ai dit que je la lui retirerais si tel mariage se faisait; or, ce mariage ne s'est pas fait (2).

II. — 178. Les legs universels et à titre universel sont moins accessibles que les legs particuliers à la révocation de notre article. Quand le testateur aliène tel ou tel bien particulier, le légataire de tous les biens que ce testateur laissera, ou d'une fraction de tous ces biens, retrouvera l'équivalent du bien aliéné dans le prix qui en a été payé ou dans le nouveau bien acquis en échange. Si l'aliénation se trouve nulle ou révocable, il retrouvera le bien lui-même, soit en nature dans le patrimoine, soit par l'action qui lui appartiendra pour le faire revenir. — Mais cette révocation, cependant, nuira quelquefois aussi aux léga-

---

(1) Toullier (V, 653); Dalloz (n° 21); Poujol (n° 7); Vazeille (n° 7); Demolombe (V, n° 218); Massé et Vergé (§ 502, p. 298, note 17); *Dict. not.* (v° Rév. de test., n°s 97 et suiv.); Cass., 15 mai 1860 (Dev., 60, I, 625; Dall., 60, I, 277; *J. Pal.*, 60, 1118). *Voy.* aussi Caen, 25 nov. 1847 (Dev., 48, II, 339; *J. Pal.*, 48, II, 493); Rennes, 28 mars 1860 (Dev., 60, II, 325; *J. Pal.*, 60, 1117).

(2) Au cas où le testateur a été frappé d'interdiction depuis la confection de son testament, l'aliénation des objets légués consentie par son tuteur dans les formes légales entraîne la révocation du legs, et le légataire ne saurait prétendre à aucun droit sur le prix encore dû de cette aliénation. Paris, 30 juill. 1860 (Dev., 60, II, 573; *J. Pal.*, 61, 379); *Dict. not.* (v° Rév. de test., n°s 103 et suiv.).

taires dont nous parlons. Si l'aliénation est valable et à titre gratuit, il est clair que le bien sera perdu pour ces légataires. S'il s'agit d'un légataire à titre universel d'une certaine espèce de biens, de tous les immeubles, par exemple, l'aliénation valable d'un ou plusieurs de ces immeubles contre des valeurs mobilières diminuera son legs d'autant; et si tous les immeubles ont été aliénés à prix d'argent, qu'ils ne soient pas rentrés ensuite dans le patrimoine du vendeur, et qu'il n'en ait pas non plus acquis d'autres, ce légataire n'aura rien. Enfin, un legs même universel serait complétement révoqué, d'après notre article, et sans espoir de produire plus tard aucun effet, si le testateur faisait une institution contractuelle de tous ces biens (art. 1082) (1).

III. — 179. Le Code n'indique pas d'autres causes de révocation tacite que : 1° la confection d'un testament postérieur avec lequel les dispositions précédentes se trouvent inconciliables dans la pensée du disposant; et 2° l'aliénation de fait du bien légué. Il en est cependant une troisième, et si le Code ne l'a pas indiquée, c'est sans doute parce que, à proprement parler, elle n'est plus une simple révocation, et ensuite parce qu'elle a une énergie telle que, sans aucune disposition à cet égard, le doute n'est pas possible sur son effet. Nous voulons parler de la suppression, matérielle ou légale, de l'acte testamentaire.

Ainsi, quand, après avoir fait un testament olographe, la personne le brûle, le déchire ou le rature, ou quand elle rature seulement la signature ou la date, il est clair qu'il n'y a plus de testament. Que si le testament olographe avait été fait en plusieurs exemplaires, et que le testateur en laisse un intact, il est évident que la destruction des autres ne produirait aucun effet.

S'il s'agit d'un testament mystique, et que le testateur supprime l'enveloppe en laissant subsister l'écrit intérieur, cet écrit vaudra toujours comme testament olographe, s'il en a les caractères; dans le cas contraire, il n'y aura plus de testament. Dans le cas où le testateur aurait seulement rompu les sceaux du testament mystique, on devra distinguer : si, l'écrit intérieur se trouvant sur la même feuille que l'acte de suscription, on a la certitude que cet écrit est bien l'acte présenté au notaire, et que les formalités constitutives du testament mystique aient d'ailleurs été remplies, nous pensons que le testament devra valoir; mais si l'état de l'enveloppe ne permet plus de s'assurer de l'accomplissement des formalités voulues, ou si l'écrit intérieur se trouve sur une feuille distincte de l'enveloppe (ce qui ne permet plus de savoir si c'est celui qu'on y avait enveloppé d'abord), le testament ne peut plus avoir d'existence légale.

Pour ce qui est du testament public, il est clair que la combustion,

---

(1) *Voy.* Cass., 1er déc. 1851, 27 mars 1855, 15 mai 1860 (Dev., 52, I, 25; 55, I, 702; 60, I, 625; Dall., 51, I, 185 et 327; 55, I, 257). — Le légataire universel dont le legs se trouve restreint aux immeubles par suite de la disposition que le testateur a faite de ses biens meubles au profit d'autres personnes, n'a pas droit au prix des immeubles aliénés du vivant du testateur; ce prix revient aux légataires du mobilier. Bourges, 9 mai 1848 (Dev., 48, II, 585; Dall., 48, II, 111).

la lacération ou la rature d'une expédition ne nuirait en rien à l'effet du testament, puisque ce testament, c'est la minute dont l'expédition n'était qu'une copie. Mais si le testateur avait été chez le notaire s'emparer de la minute et l'avait détruite ou raturée, il est évident qu'alors encore il n'y aurait plus de testament (1).

180. Tout ce qui vient d'être dit s'appliquerait également si c'était par une personne autre que le testateur que se fussent accomplis les faits ci-dessus, par l'héritier, par exemple. Mais alors, des dommages-intérêts seraient dus au légataire qui pourrait prouver que l'acte qu'on a mis hors d'état de servir était fait à son profit. Ces dommages-intérêts seraient égaux à l'importance du legs, si elle était connue; et si cette importance n'était pas connue, il pourrait s'élever, selon les cas, jusqu'à la valeur de toute la quotité disponible.

IV. — **181.** Terminons cette matière de la révocation des legs par une observation importante.

Les testaments peuvent contenir des clauses qui ne constituent pas des dispositions de dernière volonté et qui ne soient pas révocables comme celles-ci. Ainsi, on a pu consigner dans un testament l'aveu d'une dette ou la reconnaissance d'un enfant naturel. Il est clair que, dans ce cas, la révocation du testament, soit par une déclaration notariée, soit par un testament postérieur, soit par une aliénation des biens donnés, ne nuirait en rien à l'effet des clauses dont nous parlons : le créancier aux mains duquel serait l'acte contenant l'aveu de la dette, l'enfant dont le testament (pourvu qu'il fût authentique) établirait la filiation, pourraient toujours invoquer ce titre; car si des legs sont révocables, l'aveu d'une dette ou la reconnaissance d'enfant ne le sont pas, et ce n'est pas comme testament, mais comme écrit établissant la filiation ou la dette, que l'acte serait alors invoqué.

Quant aux legs, quant aux testaments en tant que testaments, on peut toujours les révoquer; et nous avons déjà dit que toutes clauses par lesquelles un testateur voudrait déroger à cette faculté, et déclarer nulle à l'avance la révocation qu'il pourrait faire plus tard, seraient radicalement nulles.

182. Nous verrons plus loin (art. 1046 et 1047) comment la révocation peut être encourue par le fait du légataire et sans aucun changement de volonté du testateur.

§ 2. — De la caducité des legs et du droit d'accroissement.

1039. — Toute disposition testamentaire sera caduque, si celui en faveur de qui elle est faite, n'a pas survécu au testateur.

183. Un legs est *caduc,* il tombe (*cado, cadere*), quand il se trouve sans effet, quoique valable en lui-même et sans aucune révocation.

Il existe quatre causes de caducité, dont notre article et les deux sui-

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Rév. de test., n°s 127 et suiv.).

vants nous indiquent la première, le prédécès du légataire. Le legs, en effet, n'étant pendant la vie du testateur qu'un simple projet et ne devenant un acte de disposition que par le décès du disposant (*voy.* art. 895, n° II), il s'ensuit que la personne qui n'existe plus lors de ce décès ne peut pas profiter de cette disposition faite après sa mort, puisque le néant ne peut rien recueillir, ni profiter de quoi que ce soit; et comme le legs, de même que l'affection qui le dicte, est essentiellement personnel à celui à qui on le destine, il ne peut, quand il n'est pas recueilli par celui-ci, l'être par aucun autre, il devient caduc. C'est seulement quand le légataire survit au testateur, ne fût-ce que de quelques instants, que le legs appartient au premier, et se transmet par sa mort à ses héritiers, légataires ou autres successeurs; et, bien entendu, ce serait à ces représentants du légataire de prouver qu'il a survécu (art. 135). Sans doute, selon l'observation de Toullier (V, 672), le testateur peut fort bien, en vue du prédécès de son légataire, dire qu'il fait son legs « pour Pierre ou *pour ses héritiers* à son défaut », et alors le prédécès de Pierre fera passer le legs à ses représentants; mais il ne faut pas dire, comme M. Coin-Delisle (n° 3), qu'il y a dans ce cas dérogation à la règle générale, par la volonté formelle du testateur : il y a ici application pure et simple de cette règle générale, puisque alors les héritiers sont eux-mêmes légataires et se trouvent appelés personnellement, sous la condition que Pierre ne recueillerait pas (1).

184. Si le legs était fait à une personne morale ou au titulaire quelconque d'une charge (à telle ville, à telle communauté, à celui qui sera maire de cette commune quand je mourrai), il suivrait toujours la règle ordinaire et se trouverait caduc, si la personne morale ou la fonction avait cessé d'exister; par exemple, si la communauté avait été supprimée. — Il va sans dire que c'est d'après les circonstances que l'on déciderait, à défaut d'expressions catégoriques, si le legs fait au maire, au curé, au juge de paix de telle ville, s'adresse à la personne revêtue de la fonction le jour où le testateur parle, ou à la fonction elle-même, c'est-à-dire à la personne quelconque qui l'exercera au jour du décès (2).

1040. — Toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendante d'un événement incertain, et telle, que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition.

---

(1) Le prédécès du légataire rend le legs caduc, encore bien que le légataire prédécédé soit représenté par des enfants ayant à l'affection du testateur les mêmes droits que ceux des légataires survivants. Poitiers, 6 janv. 1864 (Dev., 64, II, 261). Il en est autrement, et le legs doit être recueilli par les enfants du légataire, lorsqu'il résulte de l'ensemble du testament que l'intention du testateur a été d'appeler à sa succession tous ceux que la loi y eût appelés. Bourges, 28 juill. 1863 (Dev., 64, II, 261). — *Voy.* aussi Cass., 19 nov. 1860 (Dev., 61, I, 156; Dall., 61, I, 265).

(2) La caducité du legs universel n'emporte pas celle des legs particuliers qui le grèvent, lors même que le testateur aurait indiqué l'acquittement de ces legs comme une charge imposée au légataire universel. Nîmes, 16 août 1865 (Dev., 66, II, 60).

1041. — La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers.

185. Quand le legs est soumis à une condition, et que cette condition n'est pas accomplie avant le décès du testateur, ce n'est plus par ce décès, mais par l'accomplissement de la condition, que le droit du légataire s'ouvre et devient transmissible à ses représentants.

Mais il faut, bien entendu, que l'événement prévu forme vraiment une condition, c'est-à-dire qu'il affecte et suspende la disposition même, en rendant son existence douteuse; si cet événement, sans rendre incertaine l'existence du droit, en retardait seulement l'exécution, alors, malgré l'expression inexacte de l'art. 1041, ce ne serait plus une condition, mais un terme. Dans ce dernier cas, le legs s'ouvrira toujours par le décès du testateur; et quoique l'événement ne vienne à s'accomplir qu'après la mort du légataire, le legs aura été dû à ce légataire dès l'ouverture de la succession et transmis par lui à ses représentants.

Tout se réduit donc ici à savoir si c'est d'une vraie condition, ou seulement d'un terme, que le legs est affecté; et ce n'est pas en lui-même et d'après la nature des choses que le mode doit être apprécié, c'est uniquement dans la volonté du défunt. Ainsi, que le défunt ait fait à un jeune homme un legs de 10 000 francs dépendant de la mort d'un vieillard auquel il lègue une rente viagère, on devrait, en considérant les choses absolument et en elles-mêmes, voir là une condition; car, s'il est certain que le vieillard mourra, il est incertain s'il mourra du vivant du légataire; l'événement dont le legs dépend se trouve donc être futur et incertain, ce qui constitue la condition, aux termes de l'art. 1158 (1). Mais cela ne suffit pas : c'est la volonté du testateur qu'il faut suivre, et c'est dès lors dans la pensée du défunt qu'il faut voir si l'événement a été ou n'a pas été une condition. Le testateur a-t-il regardé la mort du légataire plus âgé comme un événement préalable qui devrait ouvrir le droit du légataire plus jeune; ou plutôt n'a-t-il pas regardé tout simplement ce décès comme l'époque à laquelle le legs de 10 000 francs serait payable? Telle sera la question à résoudre; et elle se décidera, comme toutes autres du même genre, par les termes du testament, et au besoin par l'ensemble des circonstances. C'est cette circonstance, qu'un événement futur et incertain peut bien ne pas former condition ici, qui explique et excuse la rédaction vicieuse de l'art. 1041, laquelle revient à dire : « L'événement qui serait une condition d'après les règles ordinaires, mais qui n'en est pas une dans l'intention du testateur... »

---

(1) C'est ainsi que les Romains disaient qu'une époque future et non précisée faisait condition dans les testaments, quoiqu'elle n'eût été qu'un terme partout ailleurs : *dies incertus conditionem in testamento facit* (D., l. 35, t. 1, 85).

Il faut, au surplus, pour l'application de l'art. 1040, qu'il s'agisse d'une condition possible et licite, puisque autrement la condition serait réputée non écrite (art. 900) (1).

1042. — Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.

Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire.

SOMMAIRE.

I. Seconde cause de caducité indiquée par l'alinéa 1er : destruction physique ou juridique de la chose léguée avant l'ouverture du legs.

II. L'alinéa 2 ne prévoit plus un cas de caducité, et se trouve complétement inutile dans le Code.

I. — 186. Cet article nous indique, par son alinéa 1er, la seconde cause de caducité, savoir : la perte de l'objet légué, arrivée pendant la vie du testateur; ou même, dans les legs conditionnels, arrivée après sa mort, mais avant l'accomplissement de la condition. L'article, bien entendu, n'entend parler que de corps certains et déterminés (telle maison, tel mobilier, tel cheval, etc.), et non de choses léguées *in genere* (une somme de... un cheval en général, etc.); car, dans ce dernier cas, l'objet du legs ne peut pas périr, *genera non pereunt*.

Ce n'est qu'autant que la chose a péri totalement que le legs est caduc; si elle n'avait péri qu'en partie, le legs serait seulement diminué. Ainsi, quand Titius vous a légué les bois de son chantier, et qu'un incendie en a consumé les trois quarts ou davantage, ce qui reste vous appartiendra; s'il vous a légué sa maison, et que cette maison se trouve en destruction lors de son décès, vous prendrez le terrain et le reste des matériaux, car ce terrain faisait évidemment partie du legs.

Mais il peut y avoir, philosophiquement et juridiquement parlant, anéantissement total de la chose et caducité du legs, quoique cette chose, physiquement et en fait, existe encore en partie ou même en entier. Ainsi, quand les planches à vous léguées par Titius ont toutes été employées à la construction d'un navire, il n'y a plus de planches, mais un navire, et votre legs n'a plus d'objet; si, après la destruction, faite à dessein ou arrivée par cas fortuit, de la maison qu'il vous avait attribuée, Titius a fait déblayer et labourer le terrain et l'a transformé en jardin, en vigne, etc., il n'y a plus ni édifice ni terrain d'édifice, mais un immeuble rural qui n'est nullement l'objet du legs. Nous dirons de même que si, après avoir légué une vigne, un pré, un jardin, le testateur a couvert son fonds de terre d'une ou de plusieurs constructions, le legs est caduc par l'anéantissement juridique de la chose léguée; car il n'y a plus de vigne, de jardin, plus de fonds de terre,

(1) *Voy.* Cass., 21 août 1848, 17 mai 1859; Metz, 21 mai 1861 (Dev., 49, I, 63; 60, I, 462; 61, II, 494; Dall., 48, I, 223; 59, I, 396; *J. Pal.*, 61, 680).

mais seulement des édifices. — Il en serait autrement, bien entendu, s'il résultait des termes positifs du testament ou du sens que l'ensemble des circonstances donnerait à ces termes, que le testateur a entendu attribuer au légataire telle chose, à tout événement, quelque forme que cette chose pût revêtir, et à quelque emploi qu'elle pût être affectée. La question de caducité ou d'efficacité pourra donc présenter, selon les cas, une question d'intention, un point de fait.

187. Il importe peu, au surplus, que ce soit par le testateur lui-même ou par toute autre personne que l'objet légué se trouve détruit; ce n'est plus ici la volonté du testateur, comme dans le cas de révocation, qui produit l'inefficacité du legs, c'est le simple fait de la non-existence de l'objet légué. Si cependant celui dont le fait a rendu le legs caduc était précisément celui qui en est devenu débiteur, qu'il eût agi ainsi frauduleusement, et que le testateur l'eût ignoré, nous pensons qu'il serait tenu de dommages-intérêts équivalents, par application du principe que « tout fait qui cause un dommage oblige celui par la faute duquel il arrive à le réparer. » (Art. 1382.) (1)

II. — 188. Quant au second alinéa de l'article, il est aussi inexact qu'inutile dans le Code. — Quand la chose qui fait l'objet d'un legs (non conditionnel) se trouve physiquement détruite après la mort seulement du testateur, ce n'est plus là, quoi que dise M. Coin-Delisle (n°s 2 et 7), un cas de caducité. Le legs caduc est celui qui se trouve sans aucun effet : or, le legs, dans le cas dont il s'agit, a produit, áu contraire, son effet plein et entier, puisqu'il a transporté au légataire la propriété de la chose dès le décès du testateur. Si le légataire a ensuite perdu la propriété de cette chose, ce n'est nullement par caducité, par une cause particulière aux legs; il l'a perdue, tout comme s'il l'avait acquise par achat, par donation, par succession, par échange; il l'a perdue (comme le reconnaît M. Coin-Delisle lui-même, sans apercevoir la contradiction dans laquelle il tombe) par ce principe bien simple, que la perte d'une chose tombe sur son propriétaire, *res perit domino*. Or, si le légataire était *dominus rei,* le legs avait donc produit son effet; il n'était donc pas caduc.

Ce que nous disons de l'inexactitude de ce second alinéa en fait sentir aussi l'inutilité. Puisque le légataire perd alors la chose, non par une règle spéciale au cas de legs, mais par un principe général et commun à tous les cas possibles, cet alinéa ne pouvait donc être qu'une application du droit commun; et la disposition portée ici pour fixer les rapports de l'héritier, ou autres débiteurs du legs, vis-à-vis du légataire, ne pouvait être que la règle même à laquelle est soumis tout débiteur d'un corps certain entre les mains duquel ce corps certain vient à périr :

(1) L'aliénation de la chose léguée, opérée pendant la vie du testateur par toute autre cause légale que le fait même de celui-ci, entraîne la caducité du legs, une telle aliénation constituant une perte de la chose léguée dans le sens de l'art. 1042 : ainsi, au cas où le testateur a été frappé d'interdiction depuis la confection du testament, l'aliénation des objets légués consentie par son tuteur, suivant les formes légales et dans un but de sage administration, rend le legs caduc. Cass., 19 août 1862 (Dev., 62, I, 923; Dall., 62, I, 321).

aussi notre alinéa n'est-il qu'une copie anticipée et abrégée de l'article 1302, que nous expliquerons plus loin.

Ce qui a porté lé législateur à identifier ce cas avec celui de caducité, c'est qu'en effet le résultat est le même pour le légataire, puisque le débiteur d'un corps certain (en cas de legs comme partout ailleurs) est pleinement libéré, du moment que ce n'est pas son fait qui prive le créancier de l'objet qui devait lui être remis. — Si c'était par son fait (même sans sa faute), le débiteur ne serait pas libéré, et le légataire (comme tout autre créancier) aura droit au prix de la chose : à plus forte raison si c'était par la faute de ce débiteur. Tout ceci, au surplus, sera mieux compris par l'explication de l'art. 1302.

1043. — La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir.

189. La loi nous présente ici les deux dernières causes de caducité des legs, qui sont : 3° le refus du légataire, et 4° son incapacité de recueillir; puis elle va passer aux cas dans lesquels le legs, caduc vis-à-vis de tel légataire, se trouve préservé d'une caducité absolue par l'accroissement admis au profit d'un autre légataire (1).

La caducité d'un legs, quand elle peut profiter à quelqu'un (parce qu'elle provient d'une cause autre que la destruction de l'objet légué), profite tout naturellement à la personne à la charge de laquelle il était mis (le plus souvent l'héritier, quelquefois un autre légataire) et qui se trouve ainsi dispensée de l'acquitter. Mais il en peut être différemment, et la volonté du testateur peut attribuer à une autre personne, à un autre légataire, le profit de la caducité. Cette volonté est formelle dans le cas de substitution vulgaire, c'est-à-dire quand le testateur, en faisant un legs à Pierre, déclare que ce legs appartiendra à Paul, si Pierre ne le recueille pas (art. 898); elle existe tacitement, ou du moins elle est présumée par la loi, quand le legs d'une même chose est fait conjointement à plusieurs légataires : la part de l'un, quand elle devient caduque, accroît alors aux autres (2).

---

(1) La renonciation à un legs universel ne peut être faite qu'au greffe du tribunal civil. Riom, 26 juill. 1862 (Dev., 63, II, 1; *J. Pal.*, 63, 113). *Conf.* Aubry et Rau (VI, § 726, p. 199); Demolombe (V, n° 327). Une renonciation par acte notarié ne serait valable qu'au cas où elle aurait le caractère d'un contrat, et alors elle n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Bordeaux, 4 avr. 1855 (Dev., 56, II, 108). — Décidé, toutefois, que la renonciation à un legs peut être établie par des actes émanés du légataire, formant un commencement de preuve par écrit de cette renonciation, complété par des présomptions graves, précises et concordantes. Cass., 19 mai 1862 (Dev., 63, I, 94; Dall., 62, I, 450).

(2) La renonciation à un legs n'entraîne pas nécessairement la caducité d'un sous-legs mis à la charge du renonçant. Paris, 24 juin 1862 (Dev., 63, II, 134; *J. Pal.*, 63, 896). *Sic* Aubry et Rau (VI, § 726, p. 199). — Lorsqu'un legs est fait conjointement à deux personnes et qu'il est révoqué quant à l'une pour cause d'indignité, il y a lieu à accroissement au profit de l'autre. Pau, 17 août 1854; Cass., 13 nov. 1855 (Dev., 56, I, 5; 56, II, 77); Aubry et Rau (VI, § 727, p. 215); Demolombe (V, n° 353).

1044. — Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement.

Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée.

1045. — Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément.

SOMMAIRE.

I. Le droit d'*accroissement*, qui serait mieux nommé droit de *non-décroissement*, ne peut jamais résulter que de la vocation à tout l'objet légué. L'accroissement aura encore lieu, en dehors des deux cas prévus par la loi, si la vocation au tout résulte des termes du testament ou de l'ensemble des circonstances.

II. Établissement de cette doctrine contre Proudhon d'une part, et d'autre part contre Grenier, Toullier, M. Duranton, etc. Ancienne théorie des conjonctions.

III. Les points de savoir si un legs contient ou non une assignation de parts, et si l'objet légué est ou non de nature à se détériorer par un partage, sont des questions de fait qui doivent se décider par les circonstances, et dont la solution échappe à la cassation : dissentiment avec la plupart des auteurs et avec la Cour suprême.

IV. L'accroissement est forcé pour les légataires qui ont recueilli. — Il ne transporte point aux acceptants les charges imposées aux défaillants. — Il se fait toujours par égales portions entre tous les légataires conjoints. — Il est transmissible aux héritiers.

V. Dans les legs d'usufruit, l'accroissement a lieu même après que tous les colégataires ont recueilli. — Doctrine contraire de la généralité des auteurs. — Réfutation.

I. — 190. On a vu au titre précédent que l'accroissement (dont le nom est peu exact, puisqu'il est plutôt un *non-décroissement*) est le droit de prendre, dans une succession ou dans un legs, une part à laquelle on est appelé, mais qu'on n'aurait pas eue si tous les coïntéressés étaient venus recueillir; il est établi pour l'héritier ou le légataire, non pas, disait Cujas, *ut plus habeat,* mais bien *ne minùs habeat.* Il est clair, en effet, que le prédécès, l'incapacité ou la répudiation d'un cohéritier ou d'un colégataire ne peut pas créer pour ses coïntéressés un droit qu'ils n'auraient pas eu primitivement; que, pour recueillir le tout, il faut avoir vocation à ce tout, vocation qui n'aurait pas son entier effet si tous les appelés recueillaient, *quia concursu partes fierent* (1).

Donc, pour savoir s'il y a lieu à l'accroissement au profit d'un successeur, il faut regarder si ce successeur était appelé *ad totum*... Pour le successeur *ab intestat,* il n'y a jamais de doute, puisqu'un héritier a toujours vocation à l'entière succession, *nemo pro parte hæres;* en sorte que l'accroissement a toujours lieu par la défaillance du cohéritier (article 786). Mais il en est autrement du successeur testamentaire, du légataire, soit universel, soit à titre universel, soit particulier, car il n'a pas d'autre droit que celui que le testateur a entendu lui conférer; or,

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Accroissement, § 2).

ce testateur, en appelant, soit à tous ses biens, soit à ses immeubles, soit à tel bien particulier, deux ou trois légataires, a pu vouloir attribuer à chacun un droit à toute la chose (droit dont l'exercice se modifierait par le concours des coïntéressés), comme il a pu vouloir aussi ne donner à chacun d'eux qu'un droit à une fraction de cette chose. — C'est donc l'intention du testateur qu'il faut connaître, pour savoir si la caducité du legs fait à tel légataire produit ou non l'accroissement pour son colégataire (1).

Cette intention ne sera pas douteuse, et devra être suivie, quelle qu'elle soit, quand elle sera formellement exprimée dans le testament. Mais comme les testateurs ont rarement le soin de la formuler catégoriquement, le Code, à l'imitation de notre ancien droit et du droit romain, a posé lui-même des présomptions d'après lesquelles l'intention d'appeler à la totalité sera de plein droit réputée exister dans les cas qu'il a prévus. Voyons ce qu'il dit sur cette matière.

191. « Il y aura lieu à accroissement, dit l'art. 1044, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs *conjointement.* » Voici le principe, la règle fondamentale, règle dont le sens est un peu obscur, mais qui n'avait pas besoin, au surplus, d'être formulée dans le Code, puisqu'elle revient à dire qu'il y aura accroissement quand différents légataires seront appelés, non pas à des choses diverses, non pas à des parties distinctes d'une même chose, mais tous à cette même chose entière, de telle sorte que les différents legs aient vraiment un seul et même objet : en d'autres termes, quand ces légataires multiples ont vocation à toute la chose léguée. Mais quand les legs sont-ils faits conjointement? quand, des divers légataires appelés à une même chose, chacun a-t-il vocation à cette chose entière? C'est là qu'était la difficulté; et c'est là le point sur lequel le Code pose les présomptions dont nous avons parlé...

Le legs, dit-il, sera réputé fait conjointement, c'est-à-dire avec vocation à la totalité pour chacun des légataires, quand il le sera par une même disposition et sans assignation de parts : ainsi, « Je lègue ma ferme à Titius et à Caïus. » (Art. 1044.) Il sera encore réputé fait conjointement, quand le bien aura été légué à diverses personnes par des dispositions séparées, mais dans le même acte, et que ce bien sera de nature à ne pouvoir être divisé sans détérioration; par exemple, « Je lègue ma maison de Sceaux (qui ne pourrait se partager sans perte) à Titius », et plus loin, dans le même testament, « Je lègue ma maison de Sceaux à Caïus. » (Art. 1045.) Dans ces deux cas, le testateur est de plein droit présumé avoir conféré à chaque légataire un droit à la totalité de la chose; et si l'un des appelés prédécède, ou se trouve incapable, ou refuse de recueillir, l'autre prendra seul la ferme ou la maison : leurs legs sont réputés faits conjointement et l'accroissement existe.

---

(1) Jugé que les art. 1044 et 1045 ne sont applicables qu'aux legs particuliers, et qu'entre légataires universels l'accroissement a lieu en vertu du droit qu'a chacun des légataires à l'universalité de la chose léguée. Cass., 12 fév. 1862 (Dev., 62, I, 385; Dall., 62, I, 244). *Conf.* Demolombe (V, n° 383); Aubry et Rau (VI, § 726, p. 206 et 207).

Ainsi, la circonstance que les légataires sont appelés par une seule et même clause (alors même qu'il s'agirait d'un bien facilement divisible), ou cette autre circonstance que le bien attribué à plusieurs dans un même testament ne pourrait pas se partager sans détérioration (quand même les legs seraient séparés), prouve, aux yeux de la loi, que le testateur a entendu appeler chacun à la chose entière.

Dans tous les autres cas possibles, les legs ne sont plus réputés de plein droit faits conjointement; l'intention d'appeler chaque légataire à la totalité (intention qui produit l'accroissement) ne se présume plus, et il faut qu'elle soit prouvée ou par les termes formels du testament, ou par l'ensemble des circonstances.

II. — 192. Il s'en faut de beaucoup que la doctrine que nous venons de présenter, et qui paraît être aussi celle de M. Coin-Delisle (n°s 3 et 13), soit généralement suivie. Proudhon, égaré par les traditions de l'ancienne jurisprudence, est venu donner à nos deux articles une interprétation aussi inadmissible qu'elle est ingénieuse; et la plupart des autres auteurs, tout en rejetant son système et en laissant aux art. 1044 et 1045 leur sens véritable, tombent dans une autre erreur, en enseignant que ces articles limitent rigoureusement le droit d'accroissement aux deux cas qu'ils prévoient. Avant de développer chacune de ces deux doctrines, disons un mot des anciens principes dont le souvenir les a fait naître.

Autrefois, pour décider s'il y avait ou non droit d'accroissement entre plusieurs légataires, on regardait (d'après les traditions romaines plus ou moins bien comprises) si ces légataires se trouvaient unis, conjoints : 1° par l'objet légué et par les termes du testament tout ensemble, *re et verbis;* ou 2° par l'objet seulement, *re tantùm;* ou enfin 3° par les termes seulement, *verbis tantùm.* — Il y avait conjonction *re* et *verbis* quand les légataires étaient appelés à une *même chose,* par une *même clause* du testament et sans indication de parts : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius et à Caïus. » — Il y avait conjonction *re tantùm* quand ce legs d'une *même chose,* fait à plusieurs légataires sans assignation de parts, leur était adressé par des dispositions séparées : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius », et ailleurs : « Je lègue le fonds Cornélien à Caïus. » — Enfin, la conjonction *verbis tantùm* avait lieu quand les légataires, appelés par une *même disposition,* avaient des parts distinctes dans la chose : « Je lègue le fonds Cornélien à Titius et à Caïus, chacun pour moitié. »

La conjonction *re* n'étant autre chose que la vocation de plusieurs légataires à un même objet, c'est-à-dire l'attribution virtuelle de l'objet entier à chacun d'eux, elle produisait donc l'accroissement toujours, c'est-à-dire soit qu'elle fût seule, soit qu'elle fût jointe à la conjonction *verbis;* ainsi, il y avait accroissement et dans la conjonction *re* et *verbis,* et dans la conjonction *re tantùm.* Quant à la conjonction *verbis tantùm,* elle donnait lieu à de longues disputes; mais beaucoup de jurisconsultes avaient adopté une opinion qui consistait à distinguer si l'assignation de parts portait sur la disposition même (Je lègue tel bien à

Titius et à Caïus, chacun pour moitié), ou seulement sur son exécution (Je lègue tel bien à Titius et à Caïus pour être partagé entre eux par moitié). Dans le premier cas, il n'y avait pas d'accroissement; mais on l'admettait dans le second, parce qu'on pensait que le testateur avait entendu appeler encore chaque légataire à la totalité, et n'avait parlé de parts que dans la prévoyance du partage forcé qui devait résulter du concours des légataires. Comme on le voit, on n'admettait l'accroissement dans ce dernier cas que parce qu'on voyait une conjonction *re* cachée sous la conjonction *verbis*, en sorte que cette conjonction, à laquelle on avait tort de conserver dans ce cas le nom de conjonction *verbis tantùm*, se trouvait être une conjonction *re* et *verbis*.

Ainsi, on distinguait : 1° la conjonction *re tantùm*, qui produisait l'accroissement par la force même des choses; 2° la conjonction *re* et *verbis*, qui le produisait à cause de la conjonction *re* qu'elle contenait; et 3° la conjonction *verbis tantùm*, qui le produisait quelquefois, mais en vertu de la conjonction *re* qui s'y trouvait cachée. C'est-à-dire que la conjonction *re* produisait l'accroissement partout et toujours, et que la conjonction *verbis* pure ne la produisait jamais.

193. Proudhon (*Usufr.*, ch. 13), en prenant ces idées pour point de départ, a donné à nos art. 1044 et 1045 une explication qui se résume ainsi : « L'art. 1044, en supposant un legs fait à plusieurs par une seule disposition et sans assignation de parts, présente évidemment l'ancienne conjonction *re* et *verbis*; et il ne fait que reproduire les anciens principes en admettant l'accroissement pour ce cas. — L'article 1045, quand il parle d'une chose léguée à plusieurs *par le même acte*, veut dire *par une même disposition, par une seule phrase du testament*, et le mot *séparément* y est synonyme de *avec assignation de parts*. Il prévoit donc la conjonction *verbis tantùm*, celle sur laquelle il y avait tant de disputes autrefois; et il tranche ces disputes au moyen d'une distinction bien simple : l'accroissement aura lieu si la chose ne peut se diviser sans détérioration; il n'aura pas lieu dans le cas contraire. — Quant à la conjonction *re tantùm*, le Code n'en parle pas, et n'avait pas besoin d'en parler : il est clair, en effet, que cette conjonction doit toujours produire l'accroissement, puisque, si la conjonction *re* et *verbis* le produit, c'est uniquement par l'effet de cette conjonction *re* unie à la conjonction *verbis*, et nullement par la force de cette dernière. C'est là une conséquence médiate, mais nécessaire, de l'art. 1044. — Ainsi, 1° pour la conjonction *re* et *verbis*, toujours accroissement (c'est l'art. 1044); 2° pour la conjonction *re tantùm*, toujours accroissement (c'est une conséquence de cet art. 1044); 3° enfin, pour la conjonction *verbis tantùm*, accroissement quand la chose n'est pas divisible sans détérioration (c'est l'art. 1045). »

Tel est le système de Proudhon, qui paraît être aussi celui de M. Demante (II, 427 et 429).

193 *bis*. Ce système nous semble erroné : il nous paraît impossible d'admettre que, dans l'art. 1045, les mots *par le même acte* signifient *par la même phrase du testament*; il faudrait pour cela ne tenir aucun

compte du sens des mots. Il n'est plus possible d'admettre que le mot *séparément* signifie *avec assignation de parts;* car l'accroissement ne peut résulter que de la volonté du testateur, du droit qu'il a conféré à la chose entière : or, comment reconnaître ce droit à la chose entière quand le testateur a formellement déclaré qu'il ne donnait droit qu'à une fraction? Par exemple, j'ai légué ma maison (qui ne pourra se partager qu'en perdant un peu de sa valeur) à Pierre, à Paul et à Louis, *mais seulement pour un tiers chacun :* comment voulez-vous prétendre que chacun est appelé au tout, et que, si deux des légataires font défaut, le troisième aura droit à la maison entière?... Aussi les divers auteurs ont rejeté cette interprétation de Proudhon; tous ont reconnu qu'il y a, dans l'art. 1045, un legs fait à plusieurs non *par une même clause* et *avec assignation de parts,* mais *par un même testament* et *dans des clauses séparées;* ils ont reconnu que cet article nous présente, non l'ancienne conjonction *verbis tantùm,* mais l'ancienne conjonction *re tantùm* (1). Mais, tout en proclamant que nos articles ne reproduisent nullement les anciennes idées que Proudhon croit y retrouver, la plupart de ces auteurs restent cependant attachés à ces idées, qu'ils regardent comme constituant les vrais principes, et ils admettent que l'accroissement ne peut être invoqué par des légataires que dans les deux cas indiqués par nos articles.

Mais nous avons vu au n° 1 que tel n'est pas le sens de la loi. Les deux cas prévus par nos articles sont les seuls dans lesquels l'accroissement puisse avoir lieu *par la présomption de la loi;* mais le Code ne dit nulle part qu'ils sont aussi les seuls dans lesquels l'accroissement soit possible absolument. Nos deux articles disent plutôt le contraire. En effet, ils commencent par dire que l'accroissement aura lieu toutes les fois qu'un legs *sera fait* conjointement, et ils indiquent ensuite deux cas dans lesquels ils veulent que le legs soit *réputé* fait conjointement; or, en dehors des cas où le legs est, de plein droit et par la présomption légale, *réputé* fait conjointement, ne reste-t-il pas tous ceux dans lesquels la conjonction des légataires, sans être légalement présumée, pourra être établie en fait?... Si, après avoir légué mon champ à Pierre, je dis dans une autre partie du même testament ou dans un testament postérieur que « je lègue mon champ à Paul, *qui y aura droit conjointement avec Pierre* », n'est-il pas clair qu'il y aura ici conjonction, non pas seulement *réputée* comme dans nos articles, mais certaine et bien évidente, et que l'accroissement, dès lors, aura nécessairement lieu d'après l'alinéa premier de l'art. 1044, qui l'admet toutes les fois que le legs est fait à plusieurs conjointement?... Et maintenant la conjonction et l'accroissement, qui résultent ici d'une déclaration expresse du testateur, pourront, dans d'autres cas, résulter d'autres circonstances; le point de savoir s'il y a lieu oui ou non à l'accroissement dépendant uniquement de la volonté du testateur, ainsi que nous l'avons

---

(1) Grenier (n° 350); Toullier et Duvergier (V, 688); Delvincourt, Duranton (IX, 508).

établi et que tout le monde le reconnaît, c'est donc là un point de fait, une question d'intention, dont l'appréciation appartiendra aux magistrats... Dans deux cas, cette intention est présumée de plein droit, et les tribunaux ne pourraient refuser de la proclamer sans violer la loi; mais dans tous les autres cas, ces mêmes tribunaux auront à juger en fait si elle existe ou non (1).

194. Et quoi qu'on en puisse dire, la règle du Code nous paraît plus sage, plus rationnelle que le système si mathématique et si absolu de notre ancien droit... Pierre, dans un premier testament, lègue son patrimoine à Titius; et dans un testament postérieur, il déclare léguer son patrimoine à Caïus : voilà deux légataires appelés au même objet par des dispositions séparées; ce serait donc toujours une conjonction *re tantùm*, et il y aurait toujours lieu à accroissement... Mais qui vous dit que le second legs n'est pas, au contraire, dans la pensée du testateur, une révocation du premier, en sorte que le legs de Titius devrait toujours être nul, quoique celui de Caïus fût caduc?... Qui vous dit encore que le testateur n'a pas entendu transformer la première disposition en simple legs à titre universel, en ne donnant à chacun des deux légataires qu'un droit à la moitié de ses biens?... De même pour les legs particuliers : quand le testateur attribue à Titius la ferme qu'il avait attribuée à Caïus par un testament précédent, il se peut sans doute qu'il veuille conférer à chacun d'eux un droit à la chose entière; mais il se peut aussi qu'il entende n'appeler chacun qu'à la moitié du bien, ou enfin qu'il veuille révoquer complétement le premier legs. Comment voulez-vous décider des questions d'intention par des règles générales, absolues, et portées ainsi *à priori*?... C'est par le contexte des testaments, par l'ensemble des faits, que de pareilles questions peuvent se juger; et si nous avions un reproche à faire à la loi, ce serait d'avoir laissé subsister encore pour deux cas ces règles générales, qui, sous prétexte d'assurer contre l'erreur du juge l'intention des disposants, n'aboutissent souvent qu'à violer cette intention.

Au surplus, la loi est formelle pour ces deux cas; il faudra la suivre. Mais, hors de là, il n'y aura plus que des questions de fait.

III. — 195. Ce sont également des questions de fait que celles de savoir si un legs fait à plusieurs contient oui ou non une assignation de parts, et si l'objet légué est ou n'est pas de nature à se détériorer par un partage. — C'est évident pour la question de détérioration; il est clair que c'est aux magistrats de décider si la division de l'objet lui causerait une diminution de valeur, et que les Cours d'appel seraient souveraines sur ce point. — Ce n'est pas moins clair, quand on y réfléchit mûrement, pour la question d'assignation de parts, quoique la Cour suprême ait longtemps appliqué une doctrine contraire. En effet,

(1) Il y a lieu au droit d'accroissement non-seulement dans les cas prévus par l'art. 1044, mais encore dans tous les cas où, malgré une attribution de parts, le testateur a manifesté la volonté d'attribuer la part du légataire qui décéderait avant lui à ses autres légataires. Cass., 12 fév. 1862 (Dev., 62, I, 385; Dall., 62, I, 244; *J. Pal.*, 62, 866).

quand une Cour d'appel, en appréciant les termes dont s'est servi le testateur, a décidé que ces termes contiennent une assignation de parts, et qu'elle a en conséquence refusé l'accroissement, cette Cour a bien pu juger mal; mais elle n'a certainement pu violer aucune règle du Code... la loi ordonne d'admettre l'accroissement dans tel cas, quand il n'y a pas assignation de parts; la Cour a refusé l'accroissement, mais en constatant, à tort ou à raison, que l'assignation de parts existait; elle n'a donc pas violé la loi. Nous ne saurions dès lors comprendre comment il a pu y avoir des cassations d'arrêts sur un tel point (1).

Sans doute, c'est une question, question très-controversée, que de savoir s'il faut reconnaître l'assignation de parts quand l'indication du partage se trouve, non dans la partie de la phrase qui crée le droit des légataires, mais dans celle qui prévoit l'exécution de ce droit; mais cette question est toute en fait, et la Cour suprême oublie sa mission quand elle s'occupe de la décider : ce soin n'appartient qu'aux Cours d'appel... Nous disons que cette question est controversée. En effet, quand le testateur, au lieu de dire : « Je lègue le fonds Cornélien à Pierre et à Paul par égales portions », a dit : « Je lègue le fonds Cornélien à Pierre et à Paul, pour le partager par égales portions », Toullier (n° 691), Favard (v° Testam.) et M. Duranton (n°s 505 et 507) enseignent qu'il n'y a pas là d'assignation de parts, attendu que les mots *par portions égales,* au lieu de tomber sur les mots *je lègue,* sur l'attribution du droit, sur la disposition même, tombent sur les mots *pour partager,* c'est-à-dire sur l'exécution seulement de la disposition. Il y a alors, dit-on, deux membres de phrase : le second, qui prévoit l'exécution du legs et qui suppose tout naturellement le concours des légataires, indique bien le partage auquel ce concours donnera lieu *concursu partes fiunt;* mais le premier, celui qui constitue le legs, ne contenant rien de semblable, il est donc vrai de dire que ce legs est fait sans assignation de parts. Cette doctrine est consacrée d'ailleurs par les trois arrêts de cassation cités plus haut. Au contraire, Delvincourt, Proudhon (*Usufr.,* n°s 703 et 720), M. Dalloz (ch. 9, sect. 4) et M. Vazeille (art. 1044, n° 4) disent que l'art. 1044, en exigeant le fait de l'assignation des parts pour refuser l'accroissement, ne prescrit pas le mode de cette assignation, et que, du moment où l'indication des parts est écrite, que ce soit au commencement de la phrase ou à la fin, on ne peut pas dire qu'il n'y a point assignation des parts.

Nous pensons, nous, avec M. Coin-Delisle (n° 7), qu'on a tort dans les deux camps de vouloir résoudre la question d'une manière absolue, attendu que c'est là une question d'intention, qui ne peut dès lors se décider que par les circonstances (2). Comment veut-on qu'un marchand, un cultivateur, et même tout homme du monde, aperçoive une différence aussi capitale entre « Je lègue mes biens à Pierre et à Paul,

---

(1) Cass., 18 oct. 1808, 14 mars 1815, 18 déc. 1832 (Dev., 33, I, 36).
(2) Voy. *Dict. not.*, v° Accroissement (Droit d'), § 3.

chacun pour moitié », et « Je lègue mes biens à Pierre et à Paul pour se les partager chacun par moitié » ? Est-ce que cette différence, si vraie qu'on la suppose, ne serait pas insaisissable pour les neuf dixièmes des citoyens? Puisque tout gît ici dans l'intention, laissez donc le juge de chaque fait particulier apprécier cette intention d'après le degré et le genre d'instruction du testateur, d'après la plus ou moins grande précision de ses rédactions ordinaires, et surtout de son testament, d'après le rapprochement des diverses parties de ce testament; en un mot, d'après l'ensemble des circonstances; et gardez-vous de poser ici *à priori* une règle inflexible qui serait fausse quatre-vingt-dix fois sur cent (1).

IV. — 196. Il nous semble qu'en général on n'a pas suffisamment compris ce grand principe, que l'accroissement n'est rien autre chose, en réalité, qu'un non-décroissement; qu'il est établi, comme le disait si bien Cujas, non pas pour que le légataire *ait plus* que ce qui lui était donné, mais seulement pour qu'il n'*ait pas moins;* et qu'il est tout simplement la conséquence de ce que chacun des divers légataires avait droit à la totalité de la chose léguée. Si cette idée rationnelle, la seule qui puisse offrir chez nous une base à la théorie de l'accroissement, était bien saisie, elle suffirait pour résoudre facilement et d'une manière satisfaisante les diverses questions auxquelles cette matière peut donner lieu, questions qu'on a souvent le tort de vouloir décider par des règles romaines écrites à diverses époques, pour des matières diverses, et dans des vues quelquefois contradictoires.

Ainsi, on admet assez généralement que l'accroissement n'est que facultatif pour celui qui se trouve appelé à le recueillir. Un bien a été légué conjointement à Pierre et à Paul; Pierre accepte et prend une moitié, en laissant l'autre moitié pour son colégataire; mais celui-ci refuse : Pierre pourra-t-il s'en tenir à la moitié qu'il aurait prise d'abord, et refuser d'y joindre la seconde? Non, selon nous; car Pierre était appelé au tout, son legs avait pour objet le bien entier, et, en acceptant ce legs, c'est le bien tout entier qu'il a accepté.

Ainsi encore, on se demande si l'accroissement impose à celui au profit duquel il s'accomplit les charges dont le défaillant se trouvait grevé. Le testateur avait dit : « Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul, à la charge par ce dernier de payer à N. une rente viagère de 200 francs » ; la circonstance que Pierre prend la ferme à lui seul, par suite de la caducité du legs de Paul, oblige-t-elle le premier à servir la rente? Toullier

(1) *Voy.* Toulouse, 31 juill. 1828; Rej., 19 janv. 1830. — Jugé qu'il y a assignation des parts faisant obstacle à l'accroissement dans la disposition par laquelle le testateur déclare léguer *par moitié* l'universalité de ses biens à deux personnes. Cass., 19 fév. 1861 (Dev., 61, I, 421; Dall., 61, I, 261). *Voy.* aussi Douai, 6 août 1846 (Dev., 48, II, 252; Dall., 48, II, 121). — Mais lorsque, après avoir fait par une seule disposition conjonctive un legs au profit des deux légataires, le testateur ajoute : « pour par eux en disposer en toute propriété *à parts et portions égales* », on ne peut voir dans cette dernière clause une assignation de parts à chacun des légataires, mais bien l'indication du résultat prévu de la disposition conjointe, et, en cas de prédécès de l'un d'eux, il y a lieu à accroissement au profit de l'autre. Cass., 9 mars 1857; Aix, 17 mars 1858 (Dev., 57, I, 254; 59, II, 223; Dall., 57, I, 213; 59, II, 51).

(nº 695), Proudhon (*Usuf.*, nº 643), et d'autres après eux, répondent affirmativement; mais la négative nous paraît certaine, comme à Delvincourt et à M. Duranton (nº 517). Et, en effet, c'est à Paul seulement qu'était imposée la charge du payement de cette rente : s'il avait recueilli soit pour le tout (par suite de la caducité du legs de Pierre), soit pour moitié, il eût été tenu d'acquitter cette charge; mais Pierre étant appelé, et appelé au tout, sans aucune charge, il est clair qu'on n'aura rien à lui demander. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la charge, au lieu d'être imposée seulement au légataire qui vient à faire défaut, fût créée conjointement comme le legs lui-même. Ainsi, quand j'ai dit : « Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul, à la charge de payer une rente de 200 francs à N. », alors ce n'est pas plus à Paul qu'à Pierre que la charge est imposée, elle l'est conjointement, et tombe pour le tout sur chaque légataire; si chacun vient prendre la moitié de la ferme, chacun payera la moitié de la rente; si un seul, au défaut de l'autre, prend la ferme entière, il payera la rente en entier. En un mot, de même que l'accroissement ne fait jamais obtenir au légataire que ce à quoi il avait droit *ab initio*, sans pouvoir jamais lui procurer ce à quoi il n'était pas personnellement appelé, de même il ne peut jamais transporter sur lui les charges qui n'ont été créées que pour d'autres et auxquelles il n'était pas personnellement soumis.

197. On demande encore, dans le cas où l'accroissement doit profiter à plusieurs colégataires, dans quelle proportion et d'après quelles règles le bénéfice devra s'en partager entre eux. Le testateur a dit dans un premier testament : « Je lègue mon domaine de Choisy à Pierre, à Paul et à Philippe »; puis, dans un testament postérieur, il a dit : « Je lègue mon domaine de Choisy à Jacques, à Jean et à Jules, qui le prendront conjointement avec Pierre, Paul et Philippe. » (1) Pierre ne recueille pas : comment se partagera le domaine entre les cinq autres?... Plusieurs jurisconsultes, notamment M. Duranton (nº 515), disent que Paul et Philippe étant conjoints avec le défaillant non-seulement par la chose, mais aussi par les termes, tandis que les trois autres légataires ne le sont que par la chose, les premiers ont la préférence sur ceux-ci; qu'eux seuls profiteront de la défaillance de Pierre en prenant à eux deux une moitié du domaine (chacun un quart), tandis que les trois autres n'auront que l'autre moitié à se partager en trois (un sixième pour chacun); et qu'il ne pourrait y avoir accroissement pour Jacques et consorts qu'autant que Paul et Philippe feraient défaut comme Pierre... Nous n'hésitons pas à repousser cette doctrine. Que les légataires soient conjoints *re* et *verbis simul*, ou qu'ils le soient *re tantùm*, leurs droits sont toujours les mêmes, chacun d'eux est toujours appelé à tout le bien légué; et puisque chacun est appelé au tout,

---

(1) Nous ajoutons ces derniers mots pour qu'on ne puisse pas voir dans le second legs la révocation du premier. Mais le résultat serait toujours le même quand ces mots n'existeraient pas, du moment qu'il serait reconnu en fait que ce n'est pas une substitution du second legs au premier, mais une conjonction (*re tantùm*) de ces trois nouveaux légataires avec les trois autres.

puisque chacun a un droit égal à celui de tous les autres, il s'ensuit que, quel que soit le nombre des acceptants, ils partageront toujours tous par égales portions : chacun prendra un cinquième dans notre espèce.

On demande, enfin, si le droit à l'accroissement est transmissible aux héritiers. Ainsi, on a légué 30 000 francs à Pierre, à Paul et à Philippe; Pierre meurt après avoir accepté (ou du moins sans avoir refusé, et en transmettant dès lors son legs à son héritier); Paul accepte également après Pierre, et plus tard Philippe refuse : dira-t-on que, Pierre étant mort et Paul seul vivant au moment où le legs de Philippe devient caduc, c'est pour Paul seulement que l'accroissement est possible, en sorte qu'il aura 20 000 francs, l'héritier de Pierre ne pouvant avoir que les 10 000 francs qui ont été recueillis par son auteur? Non, assurément: Pierre a recueilli son legs, son droit, et l'a transmis à son héritier (article 1014); or, ce legs était, comme celui de Paul et celui de Philippe, un legs à toute la chose, aux 30 000 francs; l'héritier de Pierre a donc droit aux 30 000 francs aussi bien que Paul; et puisque, par le refus de Philippe, c'est entre deux et non entre trois que le partage se fait, Paul et l'héritier de Pierre auront donc chacun 15 000 francs.

198. Comme on le voit, ces diverses solutions ne sont que des conséquences toutes simples de ce principe évident, que chacun des légataires conjoints est appelé à la totalité de la chose léguée, et que c'est précisément dans cette vocation au tout que consiste la conjonction.

V. — 199. Un dernier point nous reste à traiter sur cette matière de l'accroissement, point assez délicat, et qui consiste à savoir si, dans le legs d'*usufruit,* l'accroissement est encore possible après que tous les légataires conjoints ont recueilli. Ainsi l'usufruit d'une ferme a été légué conjointement à Pierre et à Paul; Pierre et Paul ont tous deux recueilli le legs; chacun d'eux a été mis en jouissance d'une moitié de la ferme; et après un an ou deux, Paul vient à mourir. Dans ce cas, Pierre prendra-t-il jusqu'à sa mort l'usufruit de la ferme entière, ou bien la part de jouissance qu'avait le légataire défunt ira-t-elle immédiatement se joindre à la nue propriété?

Le droit à l'accroissement au profit du colégataire avait toujours été reconnu dans le droit romain et dans notre ancien droit. Mais nos auteurs modernes, moins M. Coin-Delisle, ont enseigné que cette décision était inadmissible sous le Code. « Le principe fondamental en cette matière, disent-ils, c'est que l'accroissement n'est possible que pour les parts caduques, pour les parts qu'on ne recueille pas. S'il en était autrement autrefois en cas d'usufruit, c'était par exception et par suite d'une règle particulière qui consistait à regarder l'usufruit comme un ensemble de droits quotidiens se succédant les uns aux autres; en sorte qu'on voyait dans un legs d'usufruit autant de legs distincts qu'il y avait de jours dans la durée du droit : *usus fructus quotidiè constituitur, quotidiè legatur*. De cette manière, et puisque le droit de chaque jour formait l'objet d'un legs spécial, il s'ensuit qu'il y avait caducité (à quelque époque que mourût un des colégataires, et quoique ce fût

longtemps après avoir recueilli sa part d'usufruit), et dès lors accroissement pour tous les legs des journées postérieures à son décès. Or, cette subtilité romaine n'étant reproduite nulle part dans notre Code, l'exception n'existe donc plus. » (1)

Nous n'adoptons pas cette doctrine. Il nous paraît évident que la décision du droit romain et de notre ancien droit doit toujours être maintenue; que la subtilité reprochée à la loi romaine ne constituait pas, comme on le croit, la raison de décider, mais une simple *explication* à laquelle il est facile d'en substituer une autre parfaitement naturelle, et que le prétendu principe sur lequel on s'appuie n'est nullement un principe, mais une idée secondaire vraie pour les legs de propriété, fausse pour les legs d'usufruit.

200. En effet, quand le legs fait à deux personnes attribue à chacune le même bien en entier, ces personnes seront évidemment soumises à un *décroissement* inévitable de leur droit si toutes deux recueillent : que si l'une fait défaut, l'autre aura son legs intact, et c'est là ce qu'on nomme (à tort) *accroissement*. Ceci posé, les effets du legs seront bien différents selon que l'objet légué sera la propriété même ou l'usufruit.

Si on a légué à Pierre et à Paul une ferme, et que tous deux viennent recueillir, l'accroissement n'aura lieu pour aucun, chacun sera réduit à sa moitié; et il y sera réduit non-seulement quant à présent, mais *pour toujours*. Que Paul, deux ans, un an, ou huit jours après qu'il a recueilli, vienne à mourir, le droit qu'il a recueilli passera à son représentant, et la présence de ce représentant, quel qu'il soit, fera tout aussi bien obstacle à l'accroissement du droit de Pierre que la présence de Paul lui-même; les représentants successifs de Paul (héritiers, légataires, donataires, acheteurs ou autres) continuant à perpétuité d'avoir la propriété que lui-même avait sur la moitié de la ferme léguée, Pierre se trouve *à perpétuité* dans l'impossibilité de voir son legs s'étendre sur la ferme entière. On a donc eu raison de dire que l'acceptation de tous les colégataires rend l'accroissement impossible (dans les legs de propriété) absolument et pour toujours. Mais, comme on le voit, ce n'est pas là un principe, une proposition posée *à priori* par le législateur; c'est, au contraire, une conséquence, un résultat de la force des choses; en sorte que déjà le point de départ de nos adversaires se trouve faux, la base même de l'argumentation leur échappe. Passons maintenant au legs d'usufruit. — On a légué à Pierre et à Paul conjointement, et à chacun pour le tout, l'usufruit d'une ferme : si Paul recueille avec Pierre, il est clair que ce dernier ne peut prendre quant à présent que la moitié de l'usufruit; que quant à présent l'accroissement est impossible, et qu'il sera impossible tant que Paul sera là; mais si Paul vient à mourir avant Pierre, si le droit de Paul (droit qui lui est ici tout personnel et ne peut pas aller à ses représentants) vient à s'éteindre, qui donc peut faire

(1) Merlin (*Rép.*, v° Usufruit, § 5, art. 1); Grenier (n° 353); Toullier (V, 699); Delvincourt, Proudhon (*Usufr.*, n° 675); Favard (v° Testam., sect. 3, § 3); Vazeille (art. 1044, n° 11); Bugnet (sur Pothier, VIII, p. 325).

obstacle à ce que le droit de Pierre s'exerce désormais dans son entier, à ce que Pierre ait jusqu'à son décès l'usufruit de la ferme entière?... Le testateur avait dit à Pierre : « Je veux que tu aies jusqu'à ta mort l'usufruit de toute ma ferme » ; cette volonté, par la présence de Paul, s'est trouvée impossible à pratiquer jusqu'ici ; mais, puisqu'elle est possible désormais, quelle raison, quel prétexte aurait-on pour ne pas la réaliser?...

Ainsi, 1° le principe fondamental qu'on invoque n'existe pas : ce prétendu principe est tout simplement la conséquence d'une impossibilité de fait, et cette impossibilité ne se rencontre pas en cas d'usufruit; 2° la subtilité dont on fait tant de bruit, et que l'on présente comme étant notre moyen de décision, n'a, au contraire, rien à faire dans la question; 3° enfin, la solution que l'on présente comme une *exception* à un principe imaginaire se trouve être, au contraire, l'application de ce principe bien réel et vraiment fondamental, qu'il faut, quand rien ne s'y oppose, suivre la volonté du testateur (1).

§ 3. — De la révocation encourue par le fait du légataire.

1046. — Les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre-vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires.

1047. — Si cette demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit.

SOMMAIRE.

I. Quatre causes de révocation. — Durée de l'action dans les différents cas : dissentiment avec M. Duranton. Le pardon du testateur rendrait non recevable l'action fondée sur l'ingratitude.

II. Aucune cause de révocation ne peut être ajoutée à celles qu'indique le texte. La révocation, du reste, a nécessairement un effet rétroactif.

I. — 201. Quoique les dispositions testamentaires deviennent irrévocables, en principe, par la mort du testateur, la loi a cependant permis d'en faire prononcer la révocation dans les cas où elle a pensé que le testateur les révoquerait s'il existait encore. Elle le permet d'abord

(1) *Conf.* Rép. du *J. Pal.* (v° Substit., tit. 3, ch. 1, sect. 4); Aix, 11 juill. 1838; Rej., 1er juill. 1841 (Dev., 39, II, 46; 41, I, 851). — Les motifs du second arrêt sont insignifiants. La chambre des requêtes s'y fonde sur ce que, dans l'espèce, le droit n'était pas réellement un accroissement, mais un non-décroissement; or, comme on l'a vu, c'est partout et toujours, et aussi bien pour la propriété que pour l'usufruit, que l'accroissement n'est qu'un non-décroissement.

Jugé que la caducité d'un legs d'usufruit n'emporte pas accroissement de ce legs au profit du légataire de la nue propriété si les deux legs n'ont pas été faits conjointement, mais par deux dispositions distinctes et séparées. En conséquence, lorsque, dans le cas de legs ainsi faits, le légataire de l'usufruit vient à décéder sans avoir accepté le sien, le légataire de la nue propriété n'a droit aux fruits de la chose léguée qu'à partir du jour de ce décès, et non à partir du jour de l'ouverture de la succession du testateur. Cass., 3 juin 1861 (Dev., 61, I, 921; Dall., 61, I, 327).

(art. 1046), et c'est tout simple, pour les causes qui autoriseraient la révocation même d'une donation entre-vifs. Ainsi, le legs pourra être révoqué : 1° pour inexécution des conditions, c'est-à-dire des charges imposées aux légataires (art. 954) ; 2° pour attentat du légataire à la vie du testateur (art. 955, 1°) ; et 3° pour sévices, délits ou injures graves de ce même légataire contre son bienfaiteur (art. 955, 2°). Quant à la dernière des causes indiquées pour les donations par l'art. 955, le refus d'aliments, il est clair qu'il n'en pouvait pas être question ici ; car le legs ne devenant un acte de disposition que par la mort du testateur, qui seule accomplit la libéralité, le légataire n'a jamais pu, à ce titre, devoir des aliments à l'auteur de la disposition. Mais une autre cause de révocation, qui n'existe pas pour les donations (1), s'ajoute ici à celles que nous venons d'indiquer, ce qui en fait quatre également : c'est 4° l'injure grave envers la mémoire du testateur (art. 1047).

Le Code nous dit que, dans ce dernier cas, l'action ne sera recevable que pendant un an à compter du jour du délit ; et nous croyons, contrairement à M. Duranton (IX, 480), qu'on ne peut pas aller au delà, et ajouter, par analogie avec l'art. 957 : « ou du jour où ce délit aurait été connu des héritiers. » Il s'agit d'une peine infligée à l'ingratitude ; et les peines ne s'étendent pas par analogie. Le législateur aura sans doute pensé, d'ailleurs, qu'une injure *grave* faite *à la mémoire* d'une personne suppose nécessairement un fait qui a de la publicité, du retentissement, et qu'une année suffira toujours aux héritiers pour connaître ce fait, délibérer à ce sujet, et intenter l'action.

202. En nous indiquant la durée de l'action pour ce cas particulier, la loi ne l'exprime pas pour les cas prévus par l'art. 1046. Nous concluons de ce silence que ces cas restent sous l'empire du droit commun, que l'action durerait trente ans dans le cas d'inexécution des charges, et que, dans le cas de crime ou délit, elle aurait la même durée que l'action principale pour ce crime ou ce délit. M. Duranton, ici encore, est d'une opinion différente (n° 479) et veut toujours que l'action soit annale par analogie de l'art. 957. Mais l'historique de la confection du Code ne permet pas d'adopter sa décision. En effet, le projet contenait le renvoi de l'art. 1046 (alors 134) à l'art. 957 (alors 63) pour les cas de crime ou délit ; la section de législation supprima ce renvoi pour les délits, et ne laissa subsister l'action annale dans son article (devenu le 123) que pour le cas de meurtre ; mais, dans la discussion au Conseil, cette dernière disposition fut encore retranchée sur cette observation de MM. Treilhard et Tronchet, « qu'il serait contre l'ordre de laisser un assassin jouir des dépouilles de sa victime par cela seul qu'il n'aurait pas été recherché pendant un an, et que l'action doit avoir *la même durée que l'action en poursuite du crime*. » (Fenet, t. II, p. 295, art. 154 ; t. XII, p. 400, art. 122 et 123, et p. 402.)

203. Au reste, l'action ne serait plus recevable, même après moins d'une année depuis le délit ou le crime, si le testateur avait pardonné

(1) *Conf.* Metz, 24 mai 1859 (Dev., 59, II, 659 ; *J. Pal.*, 59, 797).

au coupable; car la révocation étant fondée sur cette présomption que le testateur révoquerait lui-même s'il vivait encore, il est clair que la révocabilité tomberait avec la présomption qui en fait la base, s'il était établi en fait que le testateur a fait remise de la faute plus ou moins grave commise contre lui.

II. — 204. Il va sans dire, au surplus, que la révocation ne pourrait jamais être prononcée pour d'autres causes que celles qui sont indiquées par nos articles. C'est ici une matière rigoureuse et qu'il n'est pas permis d'étendre au delà des limites tracées par la loi : il ne suffit pas qu'il y ait probabilité que le testateur révoquerait s'il vivait; il faut être dans un des cas où le législateur, sur le fondement de cette probabilité, a permis la révocation. — Ainsi, qu'un testateur, qui croit mourir sans enfants, laisse sa veuve enceinte : la naissance posthume de l'enfant ne pourrait pas faire révoquer le legs, bien qu'elle révoquerait de plein droit une donation entre-vifs (art. 960). Il pourrait seulement y avoir lieu à réduction. — Ainsi encore, quoique le défaut de dénonciation du meurtre du défunt écarte de la succession l'héritier légitime (art. 727, 3°), le légataire ne pourrait pas, pour la même cause, être privé de son legs, absolument du moins; il ne pourrait l'être qu'autant que les circonstances feraient décider, en fait, que le défaut de dénonciation a constitué une injure grave à la mémoire du testateur.

Il va sans dire également que la révocation prononcée aurait un effet rétroactif qui ferait réputer le légataire indigne n'avoir jamais été légataire, de même que l'indignité déclarée d'un donataire ou d'un héritier fait que légalement ils n'ont jamais été héritier ni donataire (art. 729 et 958). L'indignité, une fois qu'elle est constatée, fait considérer le droit de l'indigne comme n'ayant jamais existé, sauf seulement, comme on l'a vu, en ce qui concerne les tiers acquéreurs (1).

CHAPITRE VI.

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SŒURS.

205. On a vu dans le tome précédent (art. 896 et 897) qu'on appelle chez nous *substitution fidéicommissaire*, ou simplement *substitution*, la clause par laquelle les donateurs ou testateurs imposent à celui qu'ils gratifient la charge de conserver l'objet donné jusqu'à sa mort, pour le transmettre alors à une ou plusieurs personnes que les disposants gratifient ainsi en second ordre; — que jusqu'en 1560 ces dispositions étaient permises jusqu'au dixième degré de substitution; — que l'ordonnance de 1560, confirmée par l'ordonnance de 1747, les réduisit à deux degrés de substitution; — que la loi du 14 septembre 1792 les prohiba entièrement;—que le Code Napoléon, qui maintient en principe cette prohibition, a été plus sévère encore que la loi de 1792, en dé-

(1) Dijon, 9 juin 1845; Rej., 22 juin 1847 (Dev., 47, I, 673).

clarant nulle, avec la substitution, la disposition principale qui la contient; mais qu'*il a apporté une exception* à ce principe de nullité en autorisant la substitution, dans l'art. 897, au profit des petits-enfants ou des neveux et nièces du disposant, c'est-à-dire au profit des enfants d'un donataire ou légataire qui est lui-même soit enfant, soit frère ou sœur du disposant; — qu'enfin, la loi du 17 mai 1826, *qui avait élargi cette exception,* a été abrogée depuis la république par la loi du 11 mai 1849.

C'est *cette exception* au principe de nullité, exception annoncée par l'art. 897 et développée par nos art. 1048 et suivants, que nous avons à expliquer ici. Nous étudierons 1° les art. 1048-1050, pour voir quelles substitutions sont permises, en disant un mot des deux lois de 1826 et de 1849, dont la seconde supprime la première, et nous replace ainsi sous les règles du Code Napoléon; — nous verrons 2° quels sont les droits du grevé et des appelés, les causes et les effets de l'ouverture des substitutions; — 3° les mesures prises par la loi dans l'intérêt des appelés; — enfin, les mesures prises dans l'intérêt des tiers.

§ 1er. — Quelles substitutions fidéicommissaires sont permises.

1048. — Les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer, pourront être par eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires.

1049. — Sera valable, en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aura faite par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires.

1050. — Les dispositions permises par les deux articles précédents ne seront valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.

SOMMAIRE.

I. La disposition à charge de rendre ne peut être faite que 1° par un père, ou 2° par un frère. — *Par un père.* Elle ne peut l'être par un aïeul : erreur de Delvincourt, M. Duranton, etc.

II. *Par un frère.* Il faut que le frère meure sans enfants; pourquoi. — La présence, au décès, d'un enfant adoptif annule la disposition, mais non la présence d'enfants, même légitimes, renonçant à la succession : dissentiment avec M. Coin-Delisle. — La libéralité ainsi faite dans une donation entre-vifs par un frère sans enfants serait révoquée par survenance d'enfant : erreur de Toullier.

III. Sens des mots *au premier degré* dans nos deux articles. Ils signifient *à la première génération :* dissentiment avec Delvincourt, M. Duranton, etc. — La substitution n'est permise qu'au profit de *tous* les enfants.

IV. Lois de 1826 et de 1849.
V. La substitution fidéicommissaire peut se combiner avec la substitution vulgaire; mais celle-ci ne doit pas se présumer comme sous l'ordonnance de 1747.

I. — 206. Une substitution ne peut avoir lieu que dans une libéralité faite par un père ou une mère à l'un ou plusieurs de ses enfants, ou par un frère ou une sœur à l'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs (1).

Il faut, dans le premier cas, une libéralité faite par un père ou une mère à son enfant; et on se trompe quand on dit (2) qu'il en est de même de la libéralité faite par un aïeul à son petit-enfant. L'art. 1048 ne parle que de *pères* et *mères* donnant à leurs *enfants;* et comme c'est là une exception, on ne peut pas aller au delà de ses termes. D'ailleurs, le Tribunat ayant proposé d'ajouter aux mots « pères et mères... enfants » ceux « *et autres ascendants... et descendants* », cette adjonction ne fut point admise (Fenet, XII, p. 454); en sorte qu'on ne peut pas dire, comme le fait cependant M. Duranton, qu'il y a eu *oubli* à cet égard. On ne peut pas dire non plus que le changement a dû paraître inutile, quand on voit le chapitre suivant, et dans sa rubrique et dans ses divers articles, parler des dispositions faites par père, mère, *et autres ascendants*, envers leurs enfants *et descendants*. Il ne s'agit donc bien que du père et de la mère, comme l'a jugé un récent arrêt de Paris (3).

II. — 207. Dans le cas de frères ou sœurs, il faut que celui qui fait la disposition meure sans enfants.

Ainsi, celui qui laisse un fils et qui pourrait donner ou léguer, soit à un frère, soit à toute autre personne, la moitié de sa fortune (art. 913), ne pourrait cependant pas faire à son frère la moindre libéralité avec charge de restitution. Le motif en est facile à comprendre... Les substitutions sont vues avec la plus grande défaveur; en principe, elles étaient radicalement nulles et rendaient nulle la libéralité à la charge de laquelle elles étaient mises; et si le législateur de 1804 a consenti à les admettre par exception, c'était seulement en faveur d'une haute considération morale. Ainsi, Titius a pour unique héritier un fils dissipateur qui, s'il devient le maître de toute la fortune de son père, n'en transmettra pas un centime aux enfants qu'il laissera en mourant : la la loi, dans l'intérêt des enfants nés et à naître de ce fils dissipateur, permet à Titius de donner son disponible à ce fils, avec obligation de le conserver pendant sa vie pour le transmettre en mourant à tous ses enfants. Sempronius, qui n'a pas d'enfants, et dont l'héritier présomptif

---

(1) Elle ne peut avoir lieu qu'en faveur des enfants légitimes du grevé, et non en faveur de ses enfants naturels. Caen, 2 déc. 1847 (Dev., 49, II, 193). *Conf.* Aubry et Rau (VI, p. 39); Demolombe (V, n° 423).

(2) Delvincourt, Duranton (IX, 525); Vazeille (art. 1048, n° 3); *J. Pal.* (Rép., v° Substit., tit. 2, ch. 2, sect. 1, § 4).

(3) Paris, 23 août 1850 (Dev., 50, II, 611; Dall., 51, II, 41). *Adde :* Cass., 29 juin 1853 (Dev., 53, I, 520; Dall., 53, I, 283); Besançon, 2 déc. 1853 (Dev., 54, II, 240; Dall., 55, V, 425); Aubry et Rau (VI, § 696, p. 37); *Dict. not.* (v° Substitution, n°s 171 et suiv.).

est un frère prodigue, en pourra faire autant vis-à-vis de ce frère pour assurer aux enfants nés et à naître de celui-ci des biens dont les priverait l'inconduite de leur père. Comme on le voit, l'exception admise par nos articles ne l'est que dans l'intérêt des enfants d'une personne qui devrait venir *ab intestat* à la succession du disposant. Je puis donner avec substitution à mes enfants, parce que ces enfants sont mes héritiers; je puis donner avec substitution à mes frères quand je n'ai pas d'enfants, parce que ces frères sont alors mes héritiers; mais je ne puis pas donner ainsi à mes frères si je laisse un enfant en mourant, puisque alors c'est mon enfant qui est seul héritier, et que la substitution n'aurait plus pour but de venir au secours des règles de succession légitime en garantissant la transmission de mes biens aux enfants de celui qui doit hériter de moi. Voilà pourquoi l'art. 1049 ne déclare valable la libéralité faite à un frère avec substitution, qu'*en cas de mort sans enfants* de la part du disposant.

Et puisque telle est la pensée du Code, il faut donc reconnaître que la disposition d'un frère se trouverait nulle par la seule présence d'un enfant adoptif lors de son décès, puisque c'est à cet enfant adoptif, et non au frère donataire ou légataire, que les biens vont *ab intestat* (1). En vain M. Coin-Delisle (n° 9), pour motiver une décision contraire, nous dit que l'art. 1049 n'a pas pour objet de conférer des droits successifs. Sans doute, l'art. 1049 ne confère aucun droit successif; mais cet article dit, comme le reconnaît M. Coin-Delisle lui-même (n° 7), que la libéralité faite à un frère avec substitution n'est valable que dans le cas où ce frère est héritier du disposant; or, ce frère n'est plus héritier quand le disposant laisse un enfant adoptif, puisque cet enfant adoptif a les mêmes droits de succession qu'un enfant légitime (art. 350). Réciproquement, et quoi que dise encore M. Coin-Delisle (n° 10), il nous paraît évident que la disposition serait valable, quoique le disposant laissât un ou plusieurs enfants légitimes, si ces enfants renonçaient à sa succession; car alors 1° le disposant mourrait sans enfants quant à sa succession, quant à la disposition des biens, et 2° ce serait le frère grevé de substitution qui serait son héritier, en sorte que le danger de voir les biens se dissiper (danger auquel la substitution doit remédier dans le système de nos articles) se présenterait tout comme si les enfants n'existaient pas.

208. Il est un cas, au surplus, où la libéralité faite au frère avec substitution, si elle l'était par donation entre-vifs, se trouverait nulle quoique le disposant ne laissât aucun enfant en mourant; et ce résultat est tellement évident, que nous n'aurions pas besoin de l'indiquer s'il n'avait été nié par un auteur grave. Nous voulons parler du cas où le donateur, sans enfants au moment de la donation, se serait vu survenir un enfant qui serait mort ensuite avant lui. Il est bien évident qu'alors la donation, non pas parce qu'elle contient une substitution, mais par cela seul qu'elle est donation entre-vifs, serait annulée par la survenance

(1) R. de Villargues, *Rép.* de Fav. (ch. 2, sect. 2); Dalloz (n° 6); *J. Pal.* (sect. 1).

de l'enfant (art. 960), sans que la mort postérieure de cet enfant la fît renaître (art. 964). Il est étrange que Toullier (V, 797) ait pu dire que la donation serait maintenue dans ce cas, et que l'art. 1049 déroge à l'art. 960 par faveur pour les substitutions... Une donation grevée de substitution restant valable quand une donation ordinaire serait nulle! une nullité qui atteint toutes les donations, même celles faites en faveur du mariage, et qui disparaîtrait *pour favoriser les substitutions,* les substitutions que le Code frappe de la plus sévère réprobation! C'est en vérité à ne pas le croire... Jusqu'où ne conduit pas l'oubli de cette règle, si simple, si élémentaire, qu'une proposition doit toujours s'entendre *secundùm subjectam materiam,* au point de vue de la matière que l'on traite! On ne traite pas ici des causes de révocation; et notre chapitre laisse intacts assurément tous les principes précédemment posés, soit sur la révocation des donations (quand la substitution est dans une donation), soit sur la révocation des testaments (quand elle est dans un testament). On traite ici des cas où la substitution est possible; et on dit qu'elle l'est dans la libéralité d'un frère à son frère, si le premier n'a pas un enfant qui empêche le second d'être son héritier. Mais, bien entendu, il faut, en outre, et avant tout, que votre libéralité ne soit pas nulle, comme libéralité ordinaire. — M. Duvergier lui-même, dans ses notes, reconnaît ici l'erreur de Toullier.

III. — 209. Un point qui a donné lieu à la controverse sur nos articles, quoiqu'il nous paraisse cependant bien simple, c'est celui de savoir quel est le sens de ces mots : *au premier degré seulement.*

D'après Delvincourt, ces mots pourraient signifier « au premier degré de *substitution,* avec un seul degré de substitution »; en sorte que la disposition serait valable, par cela seul qu'elle ne contiendrait qu'une seule fois l'obligation de conserver et de rendre, et que les appelés ne seraient pas tenus à leur tour de conserver pour d'autres, quel que fût d'ailleurs le degré de parenté de ces appelés. Ainsi, le père pourrait donner à son fils, ou le frère à son frère, avec charge de le rendre soit aux enfants, soit, s'il l'aimait mieux, aux petits-enfants du donataire.

Tous les autres auteurs rejettent cette doctrine, et reconnaissent qu'il s'agit, dans les deux articles, du degré de *parenté;* mais ils se partagent encore en deux camps. Suivant les uns, ces mots signifieraient « au degré le plus proche (en fait) »; en sorte que si le donataire n'avait plus d'enfants, mais des petits-enfants seulement, la charge de rendre pourrait être établie au profit de ces petits-enfants (arrière-petits-enfants ou petits-neveux du disposant). Les autres, au contraire, enseignent qu'il s'agit du premier degré de génération; et nous n'hésitons pas à dire que leur doctrine est la seule vraie (1).

210. Il est évident, d'abord, qu'il s'agit du degré de parenté, et non du degré de substitution : l'esprit et le texte de nos articles le prouvent assez. Que les ordonnances de 1560 et de 1747 aient parlé des degrés

(1) Toullier (V, 726); Coin-Delisle (n° 4); *J. Pal.* (Rép., sect. 1). *Contrà :* Male- (art. 1051); Grenier (n° 800); Duranton (IX, 1026); Vazeille (art. 548, n° 4).

de substitution, c'était tout simple, puisqu'elles venaient précisément pour fixer les limites des substitutions graduelles, antérieurement permises indéfiniment (car ce n'était pas un texte de loi, mais seulement la doctrine, qui les arrêtait au dixième degré ou après une durée de cent ans) ; mais le Code, au contraire, prohibant sévèrement en principe toutes substitutions, et ne les permettant par exception que dans un cas particulier où il n'indique qu'une seule classe, un seul ordre d'appelés, il est clair qu'il n'y avait par cela même qu'un seul degré de substitution, sans qu'il fût besoin de s'en expliquer autrement. Ainsi, l'esprit du Code indique bien déjà qu'il ne pouvait être question que des degrés de parenté ; mais son texte, la place qu'occupent les mots dont il s'agit, ne le montrent-ils pas clairement encore? Les deux articles répètent l'un après l'autre : « avec charge de rendre *aux enfants nés et à naître, au premier degré, desdits donataires* » : n'est-il pas palpable qu'il s'agit d'enfants *naissant au premier degré*, et nullement d'une substitution au premier degré?

Et, puisqu'il s'agit des enfants *naissant au premier degré*, c'est donc bien là le premier degré de génération, et non pas le degré (premier, second ou troisième) qui se trouverait le plus proche en fait et qui ne serait actuellement précédé par aucun autre; en sorte que le texte de nos articles suffirait encore pour rejeter la seconde opinion. Et comment en douter en face de l'art. 1051, qui ne permet la représentation aux enfants du second degré que quand ils concourent avec des enfants du premier? Si les rédacteurs avaient été touchés des considérations que l'on fait valoir en faveur des petits-enfants du grevé, s'ils avaient voulu qu'à défaut d'enfants, ces petits-enfants pussent être appelés, n'est-il pas clair qu'il leur eût laissé le droit de représentation pour le cas de prédécès de tous les enfants du premier degré?... Le Code, après avoir posé pour principe une prohibition sévère, n'a donc entendu admettre qu'une exception aussi étroite que possible; et les discussions du Conseil prouvent encore avec quelle répugnance on a consenti à cette exception, si resserrée qu'elle fût (1).

211. Remarquons enfin que la charge de rendre ne peut jamais porter que sur les biens disponibles (art. 1048 et 1049), et qu'elle doit être au profit de tous les enfants du grevé sans exception (art. 1050). Si donc la charge était mise au profit de l'aîné seulement ou des enfants mâles, ou seulement des enfants actuellement nés, la substitution serait nulle et rendrait nulle la disposition principale.

IV. — 212. En 1826, le gouvernement de la restauration, comprenant très-bien, comme l'avait compris Napoléon en 1806, qu'une monarchie n'est durable qu'à la condition d'être entourée d'institutions aristocratiques ; que le principe d'égalité (et par là même de division du sol) inscrit dans notre loi des successions démocratisait de plus en plus le pays, et contribuerait forcément à faire de la royauté constitutionnelle une transition de la monarchie pure à la vraie démocratie,

---

(1) *Conf.* Demolombe (V, n° 430).

voulut (comme si c'était chose possible!) arrêter le cours des choses et des idées, et il proposa son fameux projet de loi sur le droit d'aînesse. Ce projet, repoussé par l'opinion publique, fut aussi repoussé par la législature; mais pourtant un de ses articles, relatif aux substitutions, fut adopté, et promulgué le 17 mai. Il était ainsi conçu :

« Les biens dont il est permis de disposer, aux termes des art. 913, 915 et 916 du Code civil, pourront être donnés en tout ou en partie, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge de les rendre à un ou plusieurs enfants du donataire, nés ou à naître, jusqu'au deuxième degré inclusivement. »

Cette disposition apportait au Code quatre changements : 1° la libéralité grevée de substitution, au lieu de ne pouvoir être faite que par le père du donataire ou par son frère sans enfants, pouvait l'être par toute personne (et dès lors par un frère ayant des enfants, comme par tout autre); 2° au lieu de ne pouvoir être mise qu'au profit de tous les enfants du donataire collectivement, la charge de rendre pouvait l'être au profit ou de tous, ou de quelques-uns, ou d'un seul, au caprice du disposant; 3° au lieu de ne pouvoir l'être qu'au profit de ses *enfants* de la première génération, elle pouvait l'être pour un ou plusieurs de ses *descendants,* de quelque degré que ce fût; 4° enfin, au lieu de ne pouvoir exister qu'une seule fois, elle pouvait être graduelle, faite à deux degrés, de sorte que chaque appelé, après avoir recueilli du grevé, fût lui-même grevé à son tour au profit d'autres appelés.

Cette loi, évidemment contraire aux instincts de la nation, et qui fut cependant maintenue après la révolution de 1830, ne pouvait guère survivre à la révolution de 1848. Elle a, en effet, été abrogée par la loi du 11 mai 1849, qui, après avoir frappé les majorats comme nous l'avons vu sous l'art. 896, se termine par ces deux articles :

« Art. 8. La loi du 17 mai 1826 sur les substitutions est abrogée. »

« Art. 9. Les substitutions déjà établies sont maintenues au profit de tous les appelés nés ou conçus lors de la promulgation de la présente loi. »

« Lorsqu'une substitution sera recueillie par un ou plusieurs des appelés dont il vient d'être parlé, elle profitera à tous les autres appelés du même degré ou à leurs représentants, quelle que soit l'époque où leur existence aura commencé. »

213. D'après ces articles, la loi de 1826 n'existe plus; nous sommes rentrés sous l'empire du Code Napoléon; la charge de conserver et de rendre un bien donné ne peut plus être imposée, sans emporter nullité de la disposition elle-même, que quand le disposant se trouve être soit le père ou la mère du donataire, soit son frère ou sa sœur mourant sans enfants, et pourvu que la charge soit de rendre à tous les enfants de ce donataire. Toute autre substitution ne saurait être faite à l'avenir. — Quant à celles qui ont été faites antérieurement en dehors de ces conditions et en vertu de la loi de 1826, il faut distinguer. Si aucun appelé n'était encore né ou conçu au jour de la publication de la loi nouvelle, le bien est immédiatement devenu libre et aliénable aux mains du do-

nataire. Que si l'un ou plusieurs des appelés étaient déjà conçus, la substitution aura son effet pour tous ces appelés, quel que soit leur degré de substitution (ou, bien entendu, pour leurs représentants) ; cet effet s'étendra même à tout appelé, postérieurement conçu, qui se trouve au même degré de substitution que l'appelé conçu (et aussi à son représentant). Mais les appelés non conçus, dont le degré de substitution est plus éloigné que celui de l'appelé conçu, n'auront jamais aucun droit, et la charge de rendre est non avenue pour eux.

Ainsi, supposons que Paul ait recueilli en 1840 des biens à lui légués par son ami, à la charge de les rendre aux deux aînés de ses fils. Si Paul, lors de la publication de la loi, n'avait aucun enfant né ni conçu, la charge de rendre s'est évanouie à l'instant. S'il avait un fils, la charge de rendre subsiste, non-seulement au profit de ce fils, mais aussi au profit du second fils, qui pourra survenir dans quelques années. De même, si le legs a été fait avec charge de rendre seulement au fils aîné, qui devait à son tour rendre à tous les petits-enfants de Paul, et que, lors de la publication de la loi, ce dernier eût déjà un petit-enfant conçu, la charge de rendre existera, non pas seulement pour Paul au profit de son fils et pour celui-ci au profit du petit-enfant, mais aussi au profit de tous les autres petits-enfants, puisqu'un appelé de leur degré se trouvait conçu lors de la publication. Mais si, dans ce même cas, aucun petit-enfant n'avait été conçu lors de la publication, les petits-enfants conçus plus tard n'auraient aucun droit, et la charge de rendre, après avoir continué pour Paul envers son fils aîné, n'existerait point pour celui-ci envers ses enfants et neveux.

Ceci compris, revenons à l'explication des dispositions du Code.

V. — 214. La substitution fidéicommissaire peut se trouver accompagnée d'une substitution vulgaire. Ainsi je puis, en léguant mes biens à mon frère avec charge de les rendre tous à son fils unique, ajouter que dans le cas où mon frère ne recueillerait pas le legs, son fils serait légataire direct en son lieu et place. C'est là une disposition qui est permise partout et toujours par l'art. 898.

Mais si cette substitution vulgaire doit avoir son effet quand elle est formellement écrite dans la disposition, il est évident, quoi qu'on en ait dit (1), qu'on ne peut plus la sous-entendre et la présumer de plein droit dans la disposition qui ne s'en explique pas. Que l'ordonnance de 1747, alors que les substitutions étaient absolument permises et avaient de profondes racines dans les mœurs, ait posé en principe, d'après la pensée probable des disposants, que, lorsqu'il y aurait caducité de l'institution ou de la première substitution, le substitué appelé après le défaillant prendrait sa place; que par faveur pour les substitutions on se soit écarté ici des principes romains, dans lesquels, comme le faisait remarquer Furgole (sur l'art. 27, 2e alin.), la caducité de l'institution entraînait nécessairement celle de la substitution, cela se conçoit; mais aujourd'hui que les substitutions ne sont admises

(1) R. de Villargues (no 338); Duranton (nos 601 et 602); *J. Pal.* (ch. 1, sect. 5).

que par tolérance, par exception, cette faveur n'est plus possible, et il faut reconnaître que, quand un grevé ne recueillera pas, la substitution fidéicommissaire s'évanouira. Le legs tombant, la substitution qu'elle contenait, et qui n'existait qu'en elle et par elle, doit tomber aussi.

215. Au surplus, on ne pourrait pas dire aujourd'hui que l'institué ou le substitué n'a pas recueilli quand il a survécu à l'ouverture du droit, et qu'il est mort ensuite sans accepter. Autrefois, il ne suffisait pas que l'institué (ou le premier substitué, à son tour) fût vivant et capable lors de l'ouverture du droit, pour qu'il eût recueilli; il fallait qu'il eût accepté, soit expressément, soit par quelque acte manifestant sa volonté; et s'il mourait avant l'acceptation, il n'avait pas recueilli, il n'était pas devenu propriétaire (Ord. 1747, art. 36). Il n'en saurait être ainsi aujourd'hui. L'art. 711 déclarant que la propriété se transmet à l'instant même par donation ou testament, c'est dès l'ouverture du droit, comme l'enseignent Grenier (n° 377) et M. Coin-Delisle (n° 37), que l'institué ou le substitué sera propriétaire et aura recueilli.

1051. — Si, dans les cas ci-dessus, le grevé de restitution au profit de ses enfants, meurt, laissant des enfants au premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé, ces derniers recueilleront, par représentation, la portion de l'enfant prédécédé.

216. Quand un grevé qui a plusieurs enfants, deux, par exemple, et des descendants de chacun d'eux, a perdu l'un de ces enfants, comme la charge de rendre continue d'exister au profit de l'enfant survivant, il n'y a aucun inconvénient à en faire profiter avec lui les descendants de l'autre, à quelque degré qu'ils soient. C'est, au contraire, maintenir l'égalité entre les deux branches de descendance, empêcher la transmission de tous les biens dans une seule à l'exclusion de l'autre, rapprocher autant que possible de la succession ordinaire cette espèce de succession contraire au droit commun, et se montrer conséquent avec la règle qui ne permet la substitution qu'au profit de tous les enfants, et non pour quelques-uns d'entre eux. Aussi la représentation est-elle admise pour ce cas. Mais quand les deux enfants prédécèdent l'un et l'autre, la substitution alors se trouve éteinte et les biens remis dans le commerce; en sorte que, donner alors aux descendants ultérieurs le droit de représentation, c'eût été faire renaître une substitution tombée, et la prolonger au delà de la durée qu'elle devait avoir. Aussi la représentation est alors rejetée (1).

1052. — Si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, ac-

(1) *Conf.* Rouen, 23 juin 1848 (Dev., 49, II, 181; Dall., 49, II, 147); Demolombe (V, n° 429); Aubry et Rau (VI, § 696, p. 58).

ceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition (1).

217. Quand une personne a d'abord légué sans charge de rendre des biens qu'elle veut ensuite affecter de cette charge, rien ne lui est plus facile que de révoquer le premier testament par un second dans lequel la même libéralité sera faite à charge de restitution. Mais quand c'est par une donation entre-vifs que la première libéralité a été faite, le grand principe de l'irrévocabilité des donations ne permet pas de revenir sur la portée et l'étendue de la disposition qui a été faite; et le donateur n'aurait pas pu grever ces biens après coup, si la loi ne le lui permettait par la disposition formelle de notre article.

Comme on le voit, il le pourra au moyen d'une nouvelle donation entre-vifs ou testamentaire (et seulement par ce moyen, car tout est de droit strict et rigoureux en matière de substitution). Si faible que soit la seconde libéralité, et quand même la condition de restituer ne frapperait pas sur elle, cette condition aura son effet, sans qu'il soit loisible au donataire de se débarrasser de la charge, même en offrant d'abandonner les biens qui en ont été le prix : on est toujours libre de ne pas s'obliger, mais on n'est pas libre de briser après coup l'obligation à laquelle on s'est légalement soumis.

218. Toullier (n° 732) et Grenier (n° 364) vont plus loin : ils prétendent que si celui qui accepte ces deux libéralités successives est héritier réservataire du donateur, la charge de rendre sera irrévocable pour tous les biens qui en sont frappés, quand même ces biens formeraient la réserve du donataire. Cet héritier a bien le droit, suivant eux, de renoncer à sa réserve.

On ne voit pas trop, d'abord, pourquoi les deux auteurs ne développent cette idée qu'à l'occasion d'une seconde libéralité reportant la charge de rendre sur une libéralité antérieure. Il est évident que si leur doctrine est vraie, elle doit s'appliquer également à une libéralité unique faite sous la charge de rendre; et c'est aussi ce que Toullier finit par prétendre. Mais cette doctrine est fausse dans sa généralité, et en tant qu'il s'agit de substitutions mises dans des donations entre-vifs. En effet, la réserve étant la succession même, l'acceptation, par le réservataire, de la condition dont il s'agit, constituerait donc, dans une donation entre-vifs, une renonciation à une succession non ouverte, un pacte sur cette succession; or, l'art. 1130 déclare positivement que tout cela est nul. Il en serait autrement en cas de testament; parce que, lors de l'acceptation du legs, la succession est ouverte, en sorte que

(1) On sait que les dispositions de l'ordonnance de 1747 correspondantes à celles de nos articles sont rapportées sous ces articles dans le *Code Tripier*.

rien n'empêche plus l'héritier de renoncer à sa réserve et de se soumettre à telles obligations qu'il lui plaira.

219. Il va sans dire que la charge de rendre, ainsi imposée après coup à une précédente donation, ne pourrait nuire en rien aux droits qu'un tiers aurait acquis sur les biens, alors qu'ils étaient libres dans la main du donataire.

§ 2. — Droits du grevé et des appelés. Ouverture des substitutions.

1053. — Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de restitution, cessera : l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés, ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon.

SOMMAIRE.

I. Droits du grevé et des appelés avant l'ouverture. — Questions diverses.
II. Suite.
III. Causes d'ouverture. Il en existe quatre. Indication des deux premières : Mort du grevé; — Déchéance pour défaut de nomination du tuteur.
IV. Troisième cause : Abandon anticipé du grevé. Quand cet abandon est-il possible pour la propriété même et d'une manière définitive ?
V. Quatrième cause : Échéance du terme marqué. Observation.
VI. L'abus de jouissance du grevé n'est point une cause d'ouverture. Dissentiment avec Toullier, Delvincourt, M. Duranton, etc.
VII. Il n'y a pas non plus de cause d'ouverture dans la révocation de la libéralité pour inexécution ou pour ingratitude. — Résultats de cette révocation. Critique de la doctrine de M. Coin-Delisle et de celle de M. Duranton.
VIII. Il n'y a pas, enfin, cause d'ouverture dans le refus du grevé d'accepter la libéralité. Réfutation de la doctrine de M. Coin-Delisle.
IX. Droits des créanciers du grevé et de ses tiers acquéreurs en cas de restitution anticipée.
X. Comment finissent les substitutions.

I. — 220. Cet article est d'un laconisme et d'une ambiguïté vraiment étranges. Les droits des appelés, dit-il, s'ouvriront quand cessera la jouissance du grevé. Mais d'abord le droit du grevé n'est-il donc qu'un droit de jouissance?... puis, quelles causes feront cesser ce droit du grevé?... Le Code ne va-t-il pas trop loin et ne se sert-il pas d'expressions inexactes, quand il dit que toute cessation de la jouissance du grevé ouvrira les droits des appelés?... Quels seront les droits de ces appelés, soit quand la substitution s'ouvrira, soit avant?... Le droit quelconque qu'ont les appelés avant l'ouverture de la substitution est-il indépendant du changement de volonté du disposant et du grevé?... Ces questions, et quelques autres qui s'y rattachent, ont besoin d'être examinées ici; et l'on voit de suite que le texte de notre article nous sera d'une bien mince utilité pour leur solution.

Le donataire ou légataire, chargé de remettre à des substitués les biens qu'il a reçus, n'en est pas moins propriétaire de ces biens ; il n'en a pas simplement la *jouissance,* il en a le *dominium :* on n'a pas attribué

l'usufruit au grevé et la nue propriété aux appelés; on a conféré au premier une propriété complète qui passera après lui aux seconds; seulement, par cela même que le grevé est chargé de rendre et n'est propriétaire que pour un temps, la propriété est donc révocable entre ses mains. Et à qui donc serait la propriété, si elle n'était pas au grevé?... Pas aux appelés, puisque souvent ils ne sont pas encore conçus, et que la propriété ne peut jamais être en suspens et doit toujours reposer sur quelque tête... Ainsi, propriété, mais propriété révocable : voilà le droit du grevé (1).

Puisque le grevé est propriétaire, c'est donc à lui seul qu'appartiendrait le trésor qu'il aurait trouvé sur l'un des fonds de la substitution; il en aurait une moitié comme inventeur, l'autre moitié comme propriétaire du bien qui recélait le trésor (art. 716). — Puisqu'il est propriétaire, il pourrait donc hypothéquer ou aliéner les biens, et ces biens pourraient être saisis et vendus par ses créanciers (2); mais sa propriété étant résoluble, il est clair que, si la résolution s'accomplit, les hypothèques, aliénations et concessions quelconques de droits réels s'évanouiront et se trouveront n'avoir jamais existé. — Bien entendu, c'est au grevé, puisqu'il a seul la jouissance des biens, à supporter toutes les dépenses qui sont regardées comme charges des fruits, notamment les réparations d'entretien; mais quant aux grosses réparations et à toutes autres charges de la propriété, comme cette propriété, quoiqu'elle appartienne actuellement au grevé, ne lui appartient que transitoirement et pour un temps, elles tomberont, non pas à la charge personnelle du grevé, mais à la charge de la substitution, à la charge des biens eux-mêmes, dont l'importance sera diminuée d'autant : ainsi, on se procurera la somme nécessaire, soit en prenant les capitaux qui peuvent se trouver parmi les biens substitués, soit en vendant une partie de ces biens (Toullier, n° 775; Coin-Delisle, n° 28; *J. du Palais*, sect. 7).

221. Le droit des appelés, tant que la substitution n'est pas ouverte, se borne à une simple espérance; mais cette espérance, à la conservation de laquelle la loi elle-même a veillé avec soin, comme on le verra plus loin, autorise de leur part, ou de la part de ceux qui sont chargés de leurs intérêts, l'emploi de toutes les mesures qui, sans porter atteinte au droit du grevé, peuvent assurer la réalisation du droit des appelés. Et, bien entendu, l'appelé peut transférer cette espérance à une autre personne, qu'il mettra en son lieu et place.

Mais cette espérance que (même avant la conception de l'appelé) nous voyons naître et s'entourer déjà des protections de la loi, suffit-elle pour que le donateur ne puisse pas, par une convention formelle avec son donataire, effacer après coup la charge de rendre? Nous ne parlons pas du cas de testament, puisque ce n'est alors qu'un projet que son auteur

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Substitution, n°s 270 et suiv.).

(2) La Cour de Paris, après avoir d'abord méconnu ces principes par un arrêt du 12 janvier 1847, les a consacrés par un plus récent arrêt du 25 juillet 1850. Ils l'ont été aussi par la Cour suprême le 5 mai 1830 (Dev., 30, I, 162; 47, II, 82; 50, II, 459).

peut modifier ou supprimer jusqu'à son dernier soupir. Mais le point est délicat en cas de donation entre-vifs. Delvincourt et M. Vazeille (n° 5) pensent que la charge de restituer peut toujours être supprimée tant qu'un des appelés n'a pas exprimé qu'il entend profiter du bénéfice, attendu que l'art. 1121, qui permet d'imposer une charge au profit d'un tiers quand elle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre, ne rend cette charge irrévocable que quand le tiers a déclaré vouloir en profiter. On ajoute que s'il en était autrement sous l'ordonnance (art. 11), cela se conçoit alors que les substitutions étaient en faveur; mais qu'aujourd'hui qu'elles sont prohibées en principe et permises par exception seulement, on ne devait pas renouveler pour elles la disposition favorable de l'ordonnance, et que cette disposition, en effet, n'existant pas dans le Code, force est bien de se soumettre au principe de l'art. 1121. D'autres, au contraire, enseignent qu'une fois la donation acceptée par le grevé, la charge ne peut plus être révoquée, même par le concours des volontés du donateur et du donataire (1).

Nous suivons cette dernière opinion en nous fondant sur ce motif de M. Coin-Delisle, qui nous paraît décisif : La donation à charge de rendre contient deux donations, une pour le grevé, l'autre pour les appelés : cela est si vrai que les substitués, quand ils recueilleront, ne recevront pas du grevé, mais du disposant, *non à gravato, sed à gravante,* ils seront donataires de ce disposant, et tout le monde le reconnaît. Mais puisqu'il y a une seconde donation dans la première, et qu'une donation ne peut subsister que par l'acceptation du donataire (art. 932), il s'ensuit que si la loi reconnaît valable cette seconde donation, c'est qu'elle la voit acceptée pour les substitués par l'acceptation du grevé; c'est que la règle de droit commun qui (dans l'art. 935) permet aux ascendants d'accepter pour leurs descendants incapables de le faire, et qui ne parle que des descendants actuellement nés, parce que le droit commun ne permet de donner qu'à ceux-ci, se trouve implicitement, mais forcément, étendue aux descendants à naître, dans les cas exceptionnels où il est permis de leur donner. D'après cela, il se trouve donc que la charge de rendre le bénéfice de la substitution a été acceptée par le tiers, le substitué; ce tiers, par la bouche de son représentant légal, a déclaré vouloir en profiter, et dès lors cette charge est irrévocable d'après la règle même de l'art. 1121.

II. — 222. Avant de passer aux causes d'ouverture de la substitution, c'est-à-dire aux causes qui doivent transformer en une propriété actuelle des biens l'espérance des appelés, examinons encore quelques questions que fera naître souvent la coexistence de la propriété actuelle du grevé et de l'espérance des appelés.

Nous avons vu que le grevé peut fort bien hypothéquer ou aliéner les biens, sauf l'éventualité de la résolution, qui révoquera, si elle se réalise, toutes les concessions faites; mais ces biens pourraient-ils quel-

---

(1) Toullier (V, 793); R. de Villargues (*Rép.* de Fav., ch. 2, sect. 2); Dalloz (sect. 2, art. 7); Coin-Delisle (art. 1048, n° 44).

quefois être l'objet d'une hypothèque ou d'une aliénation irrévocables? Nous le pensons. Ainsi d'abord, en cas de nécessité absolue (pour faire face à de grosses réparations ou pour payer les dettes laissées par le disposant à la charge de la substitution), il paraît certain qu'il serait permis de se procurer les capitaux nécessaires, soit par une aliénation partielle, soit par un emprunt avec hypothèque, et que le grevé pourrait obtenir légalement ce résultat en faisant intervenir le tuteur à la substitution (art. 1055 et 1056), et en suivant les formes voulues pour hypothéquer ou aliéner les biens des mineurs (art. 457 et suiv., 2126). — Nous croyons même que, hors ce cas d'aliénation en justice, les biens grevés pourraient être vendus à l'amiable et pour quelque cause que ce soit, si les appelés étaient majeurs et capables, et qu'ils y consentissent tous. Mais il faudrait, pour que l'acquéreur fût tranquille, qu'il n'y eût plus d'appelés à naître; car, s'il en survenait un seul, l'aliénation serait nulle quant à lui; et s'il arrivait que les autres appelés mourussent avant le grevé, et que ce nouveau substitué lui survécût seul, lui seul se trouverait ainsi recueillir tous les biens, et la vente serait nulle pour le tout.

223. C'est encore un point délicat que de savoir si la transaction est possible pour les biens grevés de restitution. Nous croyons cependant, avec les auteurs, que cette transaction devrait être maintenue si l'on avait suivi les formes, si rigoureuses, exigées par l'art. 467 pour les transactions faites au nom des mineurs : la loi n'a pu avoir la pensée d'être plus sévère pour les biens frappés de substitution que pour ceux des mineurs ou des interdits.

224. Une dernière question dont nous ne pouvons nous dispenser de parler, c'est celle de savoir quel sera, vis-à-vis des appelés, l'effet des prescriptions qui auront couru au profit du grevé ou contre lui avant l'ouverture de la substitution. Ainsi une ferme appartenant à la substitution se trouve, au décès du grevé, possédée depuis longtemps à titre de propriétaire par un tiers : les appelés sont-ils tenus de respecter les effets de cette possession, et la prescription a-t-elle couru contre eux? La question était très-controversée autrefois, et elle l'est encore aujourd'hui (1).

Pour la négative, on dit que les appelés n'ont pas pu interrompre la prescription (alors surtout qu'ils n'étaient pas encore nés), et qu'ils se trouvent dès lors sous la protection de la maxime *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Mais si cela était vrai autrefois, c'est faux aujourd'hui que les appelés sont représentés par un tuteur spécialement chargé de conserver leurs droits. — On ajoute que la prescription ne court pas contre les biens inaliénables. C'est vrai pour les biens qui sont complétement inaliénables, qui ne sont pas susceptibles d'être dans le commerce, comme les choses qui sont une dépendance du do-

---

(1) *Nég.* Delvincourt, Grenier (n° 383); Vazeille (*Prescr.*, n° 303); Coin-Delisle (art. 1048, n° 31). — *Aff.* Duranton (IX, 610); Dalloz (sect. 2, art. 5); *J. Pal.* (sect. 7); *Dict. not.* (v° Substitution, n° 280).

maine public (une place de guerre, un fleuve); c'est faux pour ceux qui peuvent être aliénés dans certains cas et sous certaines conditions : les forêts de l'État, par exemple, sont certainement prescriptibles ; et si les biens des mineurs et les biens dotaux sont imprescriptibles, c'est uniquement parce qu'une disposition spéciale leur confère cette qualité exceptionnelle (art. 2252 et 2255).— On invoque l'art. 2257, qui déclare que la prescription d'une créance conditionnelle ne peut commencer qu'après l'accomplissement de la condition; or, dit-on, le substitué n'avait qu'un droit dépendant de la condition *si le grevé prédécède*. Mais c'est faire de l'art. 2257 l'application la plus fausse. Le tiers détenteur ne prétend pas avoir prescrit une créance, il prétend avoir prescrit la propriété de l'immeuble qu'il possède. Cette règle de l'article 2254 ne peut s'appliquer qu'entre un *créancier* et son *débiteur :* ainsi, que le grevé (ou après lui son héritier ou son légataire universel), se prétende, vis-à-vis des substitués, devenu propriétaire irrévocable et libéré de l'obligation de restituer les biens, parce qu'il a possédé ces biens pendant plus de trente ans sans qu'on lui en demandât la restitution, ce serait là le cas de l'art. 2257 ; ce serait le cas de cette règle de droit et de raison, que le débiteur ne peut pas se dire libéré de son obligation sous le prétexte qu'on a été trente ans sans en demander l'exécution, attendu que cette obligation ayant dépendu d'une condition qui n'était pas accomplie, l'exécution n'a pu être demandée. Mais invoquer cette règle contre un tiers détenteur des biens, c'est fausser les plus simples notions du droit. — On dit, enfin, que la transcription (art. 1069) a fait savoir, soit aux acquéreurs, soit aux usurpateurs, que les biens n'appartenaient pas pleinement au grevé, et que des substitués y avaient un droit éventuel... Que conclure de là ? que le détenteur est de mauvaise foi? Mais, d'abord, la bonne foi n'est pas nécessaire pour prescrire ; par trente années, on prescrit malgré la mauvaise foi (article 2262). D'ailleurs, la bonne foi n'est qu'un *fait* qui pourrait bien exister malgré la transcription ; un acquéreur peut bien avoir l'imprudence de s'en rapporter à son vendeur et de ne pas aller consulter les registres du conservateur.

Les substitués restent donc sous l'empire de l'art. 2251, qui déclare que la prescription court contre toutes personnes qui n'y sont pas soustraites par un texte formel. Tout ce qu'on peut dire en leur faveur, c'est qu'ayant été appelés aux biens dès l'origine, sous une condition qui s'est enfin réalisée, on peut les regarder comme ayant été propriétaires rétroactivement; en sorte que la prescription n'aura pas couru pendant leur minorité (art. 2252).

Quand, au contraire, une prescription aura couru au profit du grevé, le bénéfice en sera-t-il personnel au grevé, ou profitera-t-il à la substitution, aux appelés? La solution, évidemment, dépendra des circonstances. — Pour une prescription à l'effet de se libérer, le doute n'est pas possible : si le grevé a vu s'éteindre une servitude qui frappait sur l'un des immeubles de la substitution, s'il a prescrit une des dettes de cette substitution, il est clair que la prescription profite à la substitu-

tion, aux appelés, et non à la succession du grevé. Mais, pour une prescription à l'effet d'acquérir, il est clair que lè grevé, en général, aura fait son affaire personnelle, et qu'il n'en sera autrement que quand quelque circonstance prouvera qu'il a agi dans l'intérêt et pour le compte de la substitution. Il en serait ainsi, par exemple, s'il s'agissait d'une possession commencée en la personne du disposant, et que le grevé n'aurait fait que continuer.

III. — 225. Voyons maintenant quelles sont les causes qui peuvent transformer l'espérance des appelés en une propriété actuelle des biens. — On a présenté jusqu'à sept causes d'ouverture des substitutions. Mais nous allons voir que trois de ces prétendues causes sont inadmissibles, et qu'il n'en existe que quatre, dont deux ne sont désormais que transitoires, et ne peuvent s'appliquer qu'à des substitutions faites avant la loi de 1849.

Il faut admettre d'abord, et pour les substitutions futures comme pour les anciennes : 1° la mort naturelle (ou civile) (1) du grevé, puisqu'elle brise nécessairement son droit; et 2° sa déchéance pour défaut de nomination d'un tuteur à la substitution (art. 1057).

IV. — 226. Une troisième cause d'ouverture qui n'est applicable qu'aux substitutions faites sous la loi de 1826, c'est l'abdication du grevé, l'abandon volontaire qu'il fait de ses droits, pendant sa vie, à ceux qui n'auraient dû recueillir qu'à son décès.

On conçoit que l'abandon du grevé peut avoir pour objet ou la jouissance seulement des biens, ou leur propriété. — Tant qu'il ne s'agirait que de la simple jouissance, le grevé pourrait faire cet abandon à quelque époque, pour quelques substitutions et à quelques personnes qu'il lui plairait, car il est pleinement libre, sa vie durant, de disposer des revenus comme bon lui semble; mais l'abandon qu'il ferait de cette jouissance aux appelés ne serait pas un cas d'ouverture de la substitution, puisque la propriété des biens lui demeurerait toujours. C'est donc de l'abandon de la propriété que nous voulons parler ici; et il s'agit de savoir si le grevé peut, de son vivant, remettre aux appelés la propriété des biens qu'il était chargé de leur transmettre à sa mort...

Ce n'est pas douteux quand on a la certitude que tous les appelés sont dès à présent vivants : ainsi, quand la substitution, faite de 1826 à 1849, au lieu de s'adresser à tous les enfants du grevé, ne s'adresse qu'à un ou plusieurs d'entre eux, au premier-né, par exemple, comme alors il n'y a plus de substitué à naître, rien ne peut s'opposer à ce que le grevé fasse immédiatement la restitution qu'il pourrait reculer jusqu'à sa mort. Mais quand la substitution est faite au profit de tous les enfants du grevé, celui-ci peut-il également faire un abandon définitif à ses enfants existants, malgré la survenance possible d'autres enfants, et le décès possible de quelqu'un de ces enfants avant la mort du grevé? Sans doute, il peut encore leur faire un abandon provisoire et condi-

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

tionnel : il peut délaisser tous les biens aux trois enfants qui sont vivants aujourd'hui, à la condition que, s'il en existait un quatrième à son décès, ils partageraient par égales portions, à eux quatre, les biens que les trois premiers avaient reçus d'abord; que si l'un des trois mourait avant lui, grevé, sans laisser une postérité qui vînt le représenter (art. 1051), les deux autres prendraient le tiers qu'avait le prédécédé, sans que ce dernier eût pu le transmettre à ses héritiers, donataires ou légataires; et que si tous trois mouraient avant lui, grevé, sans postérité, tous les biens lui reviendraient sans pouvoir passer à leurs représentants, attendu que ces biens se trouveraient n'avoir jamais appartenu aux trois appelés, puisqu'ils ne pouvaient leur appartenir irrévocablement que par leur survie au grevé. Mais, comme on le voit, cette remise des biens ne serait pas encore une ouverture définitive de la substitution, cette ouverture se trouvant toujours dépendre, dans cette hypothèse, de l'état de la famille au décès du grevé, et ne se réalisant vraiment que par ce décès.

227. Ainsi, l'abandon de la simple jouissance est toujours possible, et l'abandon purement provisoire et conditionnel de la propriété est possible aussi; mais la remise définitive de cette propriété est-elle possible également?... Il est encore certain qu'elle n'est pas possible absolument : on ne peut pas briser à l'avance les droits des enfants qui viendraient à naître postérieurement; et l'existence, au décès du grevé, de ces enfants nés depuis le délaissement, dérangerait inévitablement les calculs antérieurement arrêtés. Mais au moins la restitution ne pourrait-elle pas être définitive entre le grevé et les appelés actuellement vivants, et pour ces appelés entre eux?

La plupart des auteurs répondent affirmativement. Selon eux, le délaissement qu'on n'aura pas eu soin de déclarer provisoire dans l'acte sera définitif, excepté seulement en ce qui touche les enfants à naître. Ainsi donc, d'après cette doctrine, chacun des deux appelés auxquels les biens auraient été remis sera, vis-à-vis de l'autre et du grevé, propriétaire irrévocable de sa portion; il pourra (quant à eux et sauf la naissance de nouveaux appelés) en disposer comme il voudra, la vendre, la donner, la léguer; et s'il meurt avant le grevé, ce ne sera pas au substitué survivant que cette part appartiendra, mais aux héritiers ou légataires du défunt. Que s'il naît un nouveau substitué, celui-ci (pour lequel l'abandon anticipé est nécessairement non avenu, et qui a, dès lors, droit à la moitié des biens au décès du grevé) aura bien sa moitié; mais cette moitié, au lieu de se composer de la moitié laissée par le substitué prédécédé, lui sera fournie en partie seulement par les représentants de celui-ci et pour l'autre partie par l'appelé survivant avec lui; en sorte que, des deux appelés auxquels l'abandon a été fait, l'un n'aura qu'un quart au lieu de la moitié qu'il aurait dû avoir en définitive, tandis que l'autre laissera à ses représentants un quart qui n'aurait pas dû leur appartenir. En un mot, l'abandon serait, à la vérité, non avenu pour les appelés qui n'existaient pas ou qui, vivants, n'auraient pas voulu l'accepter; mais il sera définitif entre ceux qui y ont

consenti. Les auteurs expliquent ce résultat par cette idée, que les appelés et le grevé sont bien libres de former entre eux un contrat aléatoire et de courir des chances de perte, en se ménageant des chances réciproques de gain; et que, quelle que soit l'issue, aucun d'eux ne peut s'en plaindre, puisqu'elle est la conséquence d'une convention volontairement arrêtée (1).

Cette doctrine nous paraît devoir être suivie, malgré la vive opposition de M. Coin-Delisle (n° 8), pour les substitutions faites sous la loi de 1826. — Ce dernier auteur argumente d'abord du texte de notre article et dit qu'il ne permet pas la restitution anticipée des biens, mais seulement l'abandon anticipé de la *jouissance,* ce qui exclut l'idée d'une remise définitive. Mais cet article venant de dire que la cessation de la *jouissance* du grevé ouvre la substitution, il est donc clair que par la *jouissance* il entend la propriété même du grevé, et que c'est parce que cette propriété n'est pas irrévocable et ne doit durer que pendant la vie, comme un droit d'usufruit, qu'il l'a appelée improprement jouissance. M. Coin-Delisle ajoute que notre article, écrit avant la loi de 1826, doit s'expliquer par les art. 1048-1050; et que ceux-ci ayant énergiquement entendu maintenir une entière égalité entre tous les enfants du grevé, ce serait violer la volonté du législateur que d'autoriser une convention qui aurait pour résultat, comme on l'a vu ci-dessus, d'attribuer aux enfants des parties inégales. Mais ce raisonnement est sans valeur pour les substitutions faites sous la loi de 1826, qui n'exigeait plus cette égalité entre les enfants. — Quant aux substitutions faites ou à faire sous la nouvelle loi de 1849, l'argument est concluant, et cette troisième cause d'ouverture inadmissible.

V. — 228. La quatrième et dernière cause d'ouverture du droit des appelés, c'est, mais seulement aussi pour les substitutions faites sous la loi de 1826, l'échéance de l'événement ou de l'époque marquée par le disposant comme terme de la restitution. Ainsi, quand ce disposant a chargé le donataire de rendre les biens à son fils aîné à la majorité de celui-ci, ou de les remettre après vingt-cinq ans depuis la disposition aux enfants qu'il aurait alors, le droit des appelés s'ouvrira par la majorité dans le premier cas, par l'échéance des vingt-cinq années dans le second. Il est vrai que ce ne sera plus là une substitution proprement dite (art. 896, n° III, 2°), puisqu'il n'y aura pas charge de conserver jusqu'à la mort; mais la charge n'en est pas moins valable. Elle aurait été nulle avant la loi de 1826, et elle le serait encore sous la loi de 1849, comme violation indirecte de la règle défendant de faire restituer des biens à une partie seulement des enfants; mais elle était valable sous la loi de 1826, qui permettait de remettre les biens soit à tous les descendants, soit à quelques-uns, soit à un seul.

VI. — 229. Des auteurs ont encore indiqué, comme causes d'ouverture de la substitution : 5° l'abus de jouissance du grevé ; 6° la révocation de la libéralité pour inexécution des conditions ou pour indignité

(1) Delvincourt, Duranton (IX, 606); Dalloz (n°s 9-11); Vazeille (14 et 15).

du bénéficiaire; et 7° le refus d'accepter de la part du légataire. Nous avons déjà dit que nous n'admettons pas ces idées.

D'après la plupart des auteurs (1), le grevé pourrait encourir la déchéance de son droit, s'il jouissait abusivement des biens; et ils fondent cette décision sur l'art. 618, qui permet aux juges de prononcer l'extinction de l'usufruit pour abus de jouissance de l'usufruitier. C'est une erreur que repoussent avec raison M. de Villargues (*Rép.* de Fav., ch. 2, sect. 2), M. Vazeille (n° 6) et M. Coin-Delisle (n° 14). Le grevé, ainsi que nous l'avons vu, et comme le reconnaissent tous les auteurs, n'est pas un usufruitier, c'est un propriétaire; et non-seulement il est actuellement propriétaire, mais il se peut qu'il le soit à toujours et que sa propriété devienne irrévocable : il en sera ainsi s'il n'a pas de descendants, ou si les descendants qu'il a ou pourrait avoir plus tard viennent à mourir avant lui. Mais puisque le grevé est propriétaire, vous ne pouvez donc pas lui appliquer l'art. 618, qui ne concerne que l'usufruitier : vous ne pouvez pas parler d'analogie, car l'art. 618 est une disposition exorbitante, une sévère pénalité, et les pénalités ne s'étendent pas par analogie; vous ne pouvez pas créer arbitrairement des causes d'*expropriation*. — Si donc la jouissance du grevé est abusive, on pourra exiger des dommages-intérêts pour le passé, prendre des mesures conservatoires pour l'avenir : par exemple, lui enlever l'administration des biens pour la confier à un séquestre judiciaire. Mais c'est pour le grevé que ce séquestre administrera, c'est lui qui recevra les revenus, fruits et intérêts; et il ne sera jamais permis de le déclarer déchu, de l'exproprier (2).

VII. — 230. Quelques jurisconsultes, notamment M. Vazeille (nos 8 et 9), prétendent que la révocation d'une donation ou d'un legs prononcée pour inexécution des conditions ou pour ingratitude (art. 953, 955, 1046 et 1047) produirait l'ouverture de la substitution. M. Duranton (nos 600 et 601) et M. Coin-Delisle (nos 4 et 5) rejettent avec raison cette doctrine; mais ils ne sont pas d'accord sur les résultats qui doivent avoir lieu.

M. Coin-Delisle met sur la même ligne, et avec raison, la donation et le legs; et sans distinguer si c'est pour ingratitude ou pour inexécution des charges que la révocation est prononcée, il se contente d'examiner si, au moment de la révocation, le donataire ou légataire a ou n'a pas de descendants vivants. S'il n'y a pas de descendants, il reconnaît au donateur (ou à l'héritier du testateur), faisant prononcer

---

(1) Maleville, Grenier (n° 376); Delvincourt, Toullier (V, 782); Duranton (IX, 603); Dalloz (art. 6, n° 16); Duvergier (sur Toullier). Voy. *Dict. not.* (v° Substitution, n° 306).

(2) Le grevé a seul qualité, à l'exclusion du tuteur à la substitution, pour exercer les actions concernant les biens objets de la substitution; il peut même, lorsque le tuteur est intervenu dans l'instance, se désister d'une action par lui intentée, et son désistement fait tomber l'intervention, sauf au tuteur, en cas de fraude, de malversation ou de dissipation de nature à compromettre l'accomplissement de la charge de restitution, à provoquer par action principale et directe contre le grevé soit des mesures de prévoyance, soit même la déchéance de son droit. Metz, 13 juill. 1865 (Dev., 66, II, 29).

la révocation, le droit de reprendre les biens, mais, bien entendu, tels qu'ils étaient dans la main du grevé, c'est-à-dire affectés de substitution, et pour les restituer à la mort du grevé aux appelés qui seraient survenus et qui survivraient à ce grevé. Mais si, au moment où il s'agit de demander la révocation, il existe déjà un ou plusieurs appelés, l'auteur pense que leur présence rend non recevable l'action en révocation, et que les biens resteront forcément alors aux mains du grevé, comme si la circonstance d'ingratitude ou d'inexécution n'existait pas.

M. Duranton distingue d'abord (et on ne voit pas pourquoi) entre la donation et le testament; puis *il semble* faire encore une distinction (qui nous paraît en effet indispensable) entre le cas d'ingratitude et celui d'inexécution des conditions; il s'explique longuement sur le premier cas, et ne dit pas un mot du second. Quant aux donations, il enseigne (et avec raison, selon nous) que celui qui les fait révoquer pour ingratitude peut toujours reprendre les biens, soit qu'il existe ou qu'il n'existe pas d'appelés; à la charge, bien entendu, de les restituer à ces appelés au décès du grevé. Pour les legs, le professeur donne, sans dire la raison de cette différence, une décision tout autre : il rappelle ce prétendu principe que toute substitution fidéicommissaire renferme implicitement une substitution vulgaire, et il décide en conséquence que si, au décès du testateur, il existait déjà des appelés, ceux-ci prendront les biens à la place du légataire déclaré indigne, sans que les appelés qui pourraient survenir plus tard puissent y avoir jamais aucun droit; et que s'il n'en existait pas, les héritiers du testateur garderont les biens à toujours, le legs se trouvant caduc. Quant au cas de révocation, soit d'une donation, soit d'un testament, pour inexécution des conditions, nous répétons que M. Duranton n'en parle pas.

N'est-il pas évident que ces deux doctrines sont inadmissibles?

231. Pour celle de M. Coin-Delisle, d'abord, comment le droit d'un donateur (ou de l'héritier d'un testateur) dépendrait-il de l'existence ou de la non-existence des appelés au moment où l'on demande la révocation? Est-ce que l'ingratitude et le méfait du donataire cessent d'être punissables parce qu'il y a des enfants? est-ce que ces enfants, qui ne recevront les biens qu'à la mort du grevé, s'il n'y a pas de révocation, peuvent se plaindre de ce qu'on prononce cette révocation et de ce qu'on livre les biens au donateur qui les leur rendra à cette même époque de la mort du grevé? est-ce que leur position ne reste pas la même? Ces enfants, dites-vous, ne doivent pas souffrir du méfait de leur père. C'est vrai; mais aussi ce n'est pas eux que nous frappons, puisque nous leur assurons toujours l'obtention au même moment, soit qu'il y ait ou non révocation. Nous parlons de punition, non pour les enfants, mais pour le donataire ingrat; ce n'est pas l'enfant, c'est le père, le donataire ingrat, que vous allez soustraire à la peine portée par la loi, si vous déclarez non recevable l'action en révocation!... La vraie doctrine est ici on ne peut plus facile à saisir. Le grevé et le substitué sont donataires tous deux, donataires successifs, devant prendre les biens l'un après l'autre; chacun d'eux, dès lors, peut être

frappé pour ingratitude, et de même que la faute de l'un ne peut pas faire frapper l'autre, de même l'innocence de celui-ci ne peut pas produire l'impunité pour celui-là.

Donc, le grevé qui s'est montré ingrat sera puni en restant privé, sa vie durant, des biens qu'il devait avoir sa vie durant; et à sa mort ces biens passeront au substitué : rien n'est plus simple. M. Duranton a donc eu raison de ne pas admettre l'étrange distinction de M. Coin-Delisle. — En imaginant d'un côté une distinction inadmissible, M. Coin-Delisle confond ensuite deux choses qu'il fallait distinguer avec soin : la révocation pour ingratitude, et la révocation pour inexécution. La révocation pour inexécution n'est plus pénale, elle est purement pécuniaire; et son effet, au lieu d'être exclusif à telle personne, s'applique à toutes et affecte le principe même de la disposition. Ainsi, quand j'ai donné ma maison à Pierre pour qu'il la rende à Paul, mais à la condition d'acquitter les 15 000 francs que je dois à Jacques, il est clair que personne ne devra avoir ma maison, pas plus Paul que Pierre, si l'on refuse de payer les 15 000 francs; il est clair que le non-payement constitue l'accomplissement d'une condition résolutoire par l'effet de laquelle la disposition se trouve complétement non avenue (*voy.* art. 953 et 954). Eh quoi! quand je n'ai entendu me dépouiller de ma maison qu'en me débarrassant de ma dette de 15 000 fr., M. Coin-Delisle vient me dire qu'on gardera la maison sans payer un centime de la dette! Non, certes; les principes du droit comme ceux de l'équité disent que je puis (et que mon héritier peut, s'il s'agit d'un legs) refuser la maison, non plus au grevé seulement, mais aux substitués aussi, mais à tout le monde, si personne ne paye les 15 000 francs.

232. La doctrine de M. Duranton, maintenant, qui a d'un côté le mérite de ne pas distinguer s'il existe ou non des appelés quand il s'agit de révoquer la donation, et de ne pas confondre le cas d'inexécution avec le cas d'ingratitude, doctrine qui nous semble, dès lors, parfaitement exacte pour les donations entre-vifs, n'est-elle pas inadmissible à son tour quand elle distingue de celle-ci les donations testamentaires? Il n'y a évidemment aucune raison de différence; et M. Duranton, en effet, n'en indique aucune... Le système du savant professeur, quelque opinion qu'on adopte, sera toujours erroné dans son ensemble; car si l'on admet, comme lui et M. Vazeille, que la substitution fidéicommissaire contient implicitement une substitution vulgaire, il est clair qu'il faudra l'admettre aussi bien pour une donation que pour un legs; et c'est aussi ce que prétend M. Vazeille (n° 4), qui a du moins le mérite d'être conséquent. — Quant à nous, qui ne saurions admettre cette création d'une substitution vulgaire qu'on ne peut appuyer sur aucun texte de loi, et qui nous paraît purement arbitraire, nous disons du legs ce que M. Duranton dit de la donation, et voici en deux mots toute notre doctrine :

En cas d'ingratitude (art. 955, 1046 et 1047), le donateur ou l'héritier du testateur enlève le bien au grevé par l'effet de la révocation, soit qu'il y ait ou non des appelés. Alors, si au décès de ce grevé des

appelés survivent, il leur restitue ce bien; s'il n'en survit pas, il le garde irrévocablement. — En cas d'inexécution des charges, le donateur ou l'héritier du testateur peut reprendre le bien et le conserver à toujours; car l'appelé ne peut pas plus que le grevé prendre un bien sans remplir les charges sous lesquelles on le donne.

VIII. — 233. Suivant M. Coin-Delisle (n° 11), dont la doctrine paraît être aussi celle de Toullier (n°s 793 et 794), le droit des appelés s'ouvrirait enfin, non pas pour une donation entre-vifs, mais pour un legs, par le refus du légataire grevé d'accepter la disposition. Ainsi, que le père de deux enfants donne entre-vifs sa quotité disponible à l'aîné, avec charge pour celui-ci de la rendre à ses propres enfants, et que ce fils refuse la donation, M. Coin-Delisle reconnaît que, la donation ne pouvant exister que par l'acceptation, il n'y aura pas de disposition, et partant pas de substitution; mais si, au lieu de donner le disponible entre-vifs, il l'a légué, M. Coin-Delisle prétend que le refus du fils légataire n'empêchera pas la substitution d'exister. La raison qu'il en donne, c'est que les art. 1048 et 1049 ont permis d'établir comme charge d'un legs l'obligation de rendre aux enfants, et que cette charge constituant dès lors une libéralité permise, la vocation des enfants substitués ne peut être détruite par la volonté du légataire.

C'est là, selon nous, une erreur facile à réfuter. Le raisonnement de M. Coin-Delisle est sans valeur aucune; et fût-il concluant, il est clair qu'il s'appliquerait aussi bien à la donation qu'au legs... Les art. 1048 et 1049 ont permis aussi d'établir l'obligation de rendre comme charge *d'une donation :* donc cette charge constitue une libéralité permise; donc la vocation des substitués ne peut pas être détruite par la volonté *du donataire*. Notre savant confrère repousse cependant cette idée, et avec raison : il dit que, pour que l'obligation de rendre existe comme charge d'une donation, il faut qu'il y ait une donation, et que la donation n'existe pas quand elle n'est pas acceptée par le donataire. La réponse est précisément la même pour le legs : il n'y a ni legs ni légataire, quand celui que le testament appelait refuse de prendre la libéralité; le legs s'évanouit alors, comme la donation s'évanouirait; et le bien reste dans la succession *ab intestat*, comme il resterait dans le patrimoine du donateur vivant. Mais, quand il n'existe ni donation ni legs, comment parlerait-on d'une charge, d'un accessoire de cette donation ou de ce legs?... Il n'y a pas de substitution possible sans disposition principale.

234. Voyons, pour terminer cette matière, comment les appelés recueilleront la substitution au décès du grevé.

Ces appelés se trouveront-ils de plein droit, comme tels, saisis des biens dès l'ouverture de leur droit; ou bien devront-ils, au contraire, demander la délivrance comme le feraient des légataires à la mort du testateur? Il n'est pas douteux que les substitués sont saisis de plein droit, quand ils sont en même temps héritiers du grevé, puisqu'ils ont alors la saisine de tous les biens quelconques laissés par le défunt. Mais que doit-on dire quand ils ne sont pas ses héritiers; par exemple, si

c'est un premier substitué qui se trouve grevé (par une disposition faite sous la loi de 1826) au profit d'un second substitué, son frère; ou bien si le substitué, enfant du grevé, renonce à sa succession en réclamant néanmoins la substitution?

Les auteurs décident que, dans ce cas, les héritiers du grevé se trouvent saisis de tous les biens qu'il laisse, parmi lesquels sont ceux de la substitution; et que, dès lors, les substitués, à l'instar d'un légataire, n'ont aucune possession, ni de droit, ni de fait; doivent demander la délivrance, et n'ont droit aux fruits que du jour où cette délivrance est demandée ou volontairement consentie (1). Mais nous croyons, comme M. Coin-Delisle (art. 1048, n° 38), que c'est là une erreur.

En effet, par la mort du grevé, *tous* les droits de celui-ci sur les biens à rendre se résolvent, et *aucun* n'est transmis à ses héritiers. Ces héritiers n'ont donc pas plus le droit de possession que le droit de propriété; ils ont tout simplement la détention de fait : ils sont dépositaires de la chose d'autrui, dont ils ont à faire, non pas la *délivrance* dans le sens de l'art. 1014, mais la *restitution*. Un légataire, par la mort de son testateur, n'acquiert que le droit de propriété, le droit de possession restant avec la possession de fait chez le représentant de ce testateur; mais le substitué ne reçoit du grevé ou de son représentant aucun droit, il n'en peut attendre qu'une remise de fait; car tous les droits lui viennent de l'auteur de la disposition : *non à gravato, sed à gravante*. Le substitué acquiert donc, *à gravante*, dès la mort du grevé, et le droit de propriété, et le droit de possession, et le droit aux fruits; il n'a à demander au représentant de ce grevé que la remise de fait, la cessation de la détention purement physique. Dans le cas même où le substitué est héritier du grevé, ce n'est pas comme héritier et par la même cause que pour les autres biens, c'est encore comme substitué, qu'il a la saisine des biens compris dans la substitution.

IX. — 235. Notre article déclare que l'abandon que le grevé peut faire aux appelés par anticipation ne pourra jamais nuire à ses créanciers.

Que cet abandon ait eu pour objet la propriété même des biens (propriété que notre article désigne par le nom de *jouissance*, comme on l'a vu au n° III) ou la simple jouissance proprement dite; que les créanciers aient ou non un titre authentique, pourvu seulement que ce titre ait une date certaine antérieure à l'abandon, ces créanciers pourront, dans tous les cas, s'il y a insuffisance des autres biens de leur débiteur, se payer sur les revenus des biens abandonnés, l'abandon n'ayant été permis par le Code qu'autant qu'il ne leur nuirait pas, et se trouvant dès lors non avenu vis-à-vis d'eux du moment qu'il leur porte préjudice. — Que si les appelés, après avoir reçu par anticipation la propriété même des biens, venaient à mourir avant le grevé, ces mêmes créan-

---

(1) Merlin (sect. 15, § 3); R. de Villargues (ch. 2, sect. 2); Duranton (IX, 611); Dalloz (sect. 2, art. 6).

ciers pourraient, à défaut d'autres biens, se payer sur la propriété des biens abandonnés, et les enlever aux héritiers légataires ou autres représentants de ces appelés. En effet, si cet abandon anticipé n'avait pas eu lieu, les biens, par le prédécès des appelés, seraient restés au grevé, et ses créanciers auraient pu se payer sur leur pleine propriété; or, en cas d'insuffisance, les créanciers peuvent faire comme s'il n'y avait pas eu d'abandon. — Mais tout ceci, bien entendu, n'est possible qu'au cas d'insuffisance des autres biens; car, si ces autres biens suffisent au payement des créances, on ne peut plus dire que l'abandon anticipé nuise aux créanciers.

Il est certain aussi, car c'est une conséquence du droit commun, que l'abandon anticipé ne pourrait jamais nuire à ceux au profit desquels le grevé aurait aliéné éventuellement la propriété des biens ou un droit réel quelconque sur ces biens; car le grevé n'a pas pu transférer aux appelés les droits dont il s'était antérieurement dépouillé et qui ne lui appartenaient plus. Ainsi, quand le grevé m'a donné ou vendu les biens, l'abandon postérieur ne m'empêchera pas d'en conserver la propriété résoluble, et d'en acquérir, comme il l'aurait fait lui-même, la propriété irrévocable, si tous les appelés viennent à mourir avant lui. S'il m'en a cédé l'usufruit, l'abandon ne m'empêchera pas de conserver cet usufruit sa vie durant; et je l'aurai encore après son décès, si, lors de ce décès, il n'existait plus d'appelés. J'aurais de même pendant sa vie (et à perpétuité si les appelés abandonataires mouraient avant lui) la servitude réelle qu'il aurait établie à mon profit.

X. — 236. Indiquons ici, pour compléter les développements présentés sous cet article, les causes d'extinction des substitutions.

Les substitutions finissent :

1° Par l'absence complète d'appelés. — Ainsi, quand le grevé meurt sans qu'il lui soit né aucun enfant, il est clair que les biens restent libres dans sa succession. Il en serait de même s'il avait existé des appelés, mais qu'ils fussent tous morts avant lui. Que si la disposition désignait un ou plusieurs substitués déterminés, la mort de ces appelés éteindrait la substitution même du vivant du grevé, et les biens se trouveraient libres immédiatement dans ses propres mains.

2° Par le refus des appelés de recueillir la substitution. Les biens se trouvent libres alors dans la succession du grevé. — Nous ne parlons pas ici du cas où c'est le grevé lui-même qui refuse d'accepter la donation ou le legs fait à la charge de restitution : on ne peut pas dire ici que la substitution finisse, puisqu'elle n'a pas commencé; la disposition principale ne se formant pas alors, la substitution, qui n'en est que l'accessoire, ne se forme pas davantage (*voy.* ci-dessus, n° VIII).

3° Par l'épuisement des degrés de la substitution. — Ainsi les premiers substitués (les seuls), quand il n'y a qu'un degré, et les seconds substitués, quand il y a deux degrés, possèdent évidemment les biens purs et libres de toute charge ultérieure.

4° Par la perte de la chose, pourvu qu'elle arrive sans la faute du

grevé. — Si le grevé était en faute, les substitués auraient contre lui une action en dommages-intérêts.

5° Enfin, par la révocation. — La survenance d'un enfant, au donateur entre-vifs qui n'en avait pas lors de la disposition, révoquera toujours la substitution. Elle sera révoquée avec la donation principale, si l'enfant naît pendant la jouissance du grevé; elle le sera seule, s'il naît après que le substitué a recueilli. — L'inexécution des charges, soit en cas de donation, soit en cas de legs, révoquera également la substitution. — L'ingratitude des substitués (art. 955), ingratitude qui reçoit plutôt le nom d'indignité en cas de legs (art. 1046 et 1047), opérerait également la révocation. Quant à l'ingratitude (ou indignité) du grevé, on sait qu'elle ne révoquerait que sa libéralité, à lui, sans nuire à celle des substitués (*voy*. ci-dessus, n° VII).

1054. — Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné.

237. Ce que cet article dit d'un testateur s'applique également à un donateur; il s'agit, comme tous les auteurs le reconnaissent, d'un disposant quelconque; et si le Code a employé l'expression de ***testateur,*** c'est sans doute parce que les substitutions se font plus souvent par testament que par donation entre-vifs.

La loi, tout en ne permettant les substitutions que difficilement et par exception, n'a cependant pas voulu qu'on pût les faire et les défaire par un même acte, les créer d'une main en y appliquant de l'autre des charges qui pourraient les détruire. Ainsi, quoiqu'un disposant soit bien libre de donner ses biens sans aucune substitution, il ne pourra pas, s'il fait cette substitution, permettre absolument au grevé de frapper les biens qu'il devra rendre d'hypothèques qui devraient avoir leur effet au détriment des appelés.

Le Code n'autorise l'effet de pareilles charges que dans un cas tout particulier : c'est pour l'hypothèque légale de la femme du grevé, en cas seulement d'insuffisance des autres biens de ce grevé, et seulement encore pour le capital des deniers dotaux; il faut, au surplus, que la disposition le permette en termes formels. Ainsi le disposant autoriserait en vain le grevé, soit à donner un recours subsidiaire à d'autres créanciers que sa femme, soit à étendre l'hypothèque légale de celle-ci aux intérêts de sa dot, aux sommes dues pour l'aliénation de ses propres, etc. En vain Toullier (V, 745) et M. de Villargues (*Rép.* de Fav., sect. 2, § 5) prétendent le contraire en s'appuyant sur cette idée que qui peut le plus peut le moins. On sait combien cette idée est fausse dans les matières de droit strict; et on en a un exemple, dont l'analogie est frappante avec notre article, dans l'art. 945, qui déclare que celui qui peut bien ne pas donner n'a cependant pas le droit de donner sous la

condition qu'on payera les dettes qu'il laissera en mourant. Notre article est d'ailleurs assez formel (1).

Telle est la seule exception apportée au principe de la résolution de la propriété du grevé, lors de son décès, par la survie des appelés. Toute concession d'hypothèques, toute aliénation, tout établissement de servitude seraient nuls au regard des appelés : *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*.

238. Mais, quoi que dise le *Journal du Palais* (Rép., sect. 5), pour que les appelés puissent invoquer cette résolution, il faut qu'ils ne se portent pas héritiers purs et simples du grevé; car cette dernière qualité leur imposant toutes les obligations du défunt, ils seraient tenus, comme héritiers, de réparer les effets de l'éviction qu'ils auraient fait subir comme substitués, en sorte que ce serait bien le cas de dire *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*. Ce ne serait donc qu'en cas de renonciation ou d'acceptation bénéficiaire qu'ils pourraient argumenter de la résolution.

L'ordonnance de 1747, pour entrer plus avant dans l'esprit des substituants et favoriser autant que possible l'idée *aristocratique* de conservation des biens *en nature* dans la ligne des substitués, permettait à ceux-ci, quand ils étaient héritiers purs et simples du grevé, de reprendre néanmoins les biens aux tiers acquéreurs, mais *en payant en argent* à ceux-ci la valeur du bien qu'ils reprenaient ainsi (tit. 2, art. 31), ce qui prouve bien que leur qualité d'héritiers purs et simples les empêchait d'invoquer la nullité de l'aliénation (2). Il est bien évident que cette faveur exorbitante et tout aristocratique est en complète opposition avec l'esprit du Code Napoléon, et ne saurait être appliquée aujourd'hui.

§ 3. — Des mesures prises dans l'intérêt des appelés.

1055. — Celui qui fera les dispositions autorisées par les articles précédents, pourra, par le même acte, ou par un acte postérieur, en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions : ce tuteur ne pourra être dispensé que pour une des causes exprimées à la section VI du chapitre II du titre *De la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*.

1056. — A défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence du grevé, ou de son tuteur s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu.

239. Le tuteur dont il s'agit ici est, comme le dit l'art. 1055, chargé de l'exécution des dispositions. C'est donc à lui, en outre des mesures

(1) Maleville, Delaporte, Delvincourt, Grenier (n° 378); Duranton (n° 595); Dalloz (sect. 2, art. 5); Vazeille (n° 1); Coin-Delisle (n° 1); Duvergier (sur Toullier).
(2) Voir le texte de l'ordonnance aux *Codes Tripier*.

de précaution indiquées par les articles suivants, de faire en général toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restituer soit bien et fidèlement acquittée; c'est à lui de surveiller le grevé pour agir contre lui toutes les fois qu'il en pourrait être besoin; et il serait responsable des dommages que sa négligence pourrait causer aux appelés (art. 1073).

Mais il ne serait pas tenu hypothécairement : le Code n'établit pas l'hypothèque légale contre tous tuteurs, mais seulement contre les tuteurs des personnes mineures ou interdites (art. 2121). Or, le tuteur dont il s'agit ici n'est pas donné *personæ,* mais seulement *rei*. Il est si peu tuteur de mineurs ou d'interdits que, d'un côté, il existerait toujours, quoique l'appelé fût majeur et capable, et que, d'un autre côté, si l'appelé était interdit ou mineur, il aurait son tuteur spécial. On comprend de même qu'il n'y a pas ici de subrogé tuteur.

240. Ce tuteur est nommé ou par le disposant lui-même, ou à la diligence du grevé ou du tuteur qui le représente.

La nomination par le disposant peut se faire soit dans l'acte entre-vifs ou testamentaire qui contient la substitution, soit dans tout acte postérieur, pourvu qu'il soit authentique. Ainsi, elle pourrait être faite dans un acte reçu par un notaire ou par un juge de paix assisté de son greffier; mais il faut reconnaître avec Delvincourt, Toullier (V, 747) et M. Vazeille (n° 1), et contrairement à l'opinion de M. Coin-Delisle (n° 2), que cet acte postérieur, s'il peut n'être pas notarié, doit nécessairement être authentique, et qu'il ne suffirait pas, dès lors, pour cette nomination faite après coup, d'un testament olographe.

Quand la nomination n'a pas été faite par le disposant (ou quand le tuteur nommé est mort ou se fait excuser), le tuteur doit être nommé à la diligence du grevé, mais non pas par le grevé; car il serait absurde que celui-ci désignât lui-même son propre surveillant. La loi ne nous dit pas par qui le choix devra être fait; mais comme elle nous renvoie à la tutelle ordinaire pour les excuses que le tuteur désigné pourrait faire valoir, on doit décider (et c'est en effet ce que font les auteurs) que les règles de cette tutelle ordinaire devront être également suivies en ce point, ou qu'on devra s'en rapprocher autant que possible. Le tuteur sera donc nommé par un conseil de famille. La nomination se faisant dans l'intérêt des appelés, enfants du grevé, ce conseil devra être composé, par le juge de paix, de parents ou d'alliés pris, par moitié, du côté de leur père et du côté de leur mère; que si les parents ou alliés maternels ne sont pas encore connus, c'est-à-dire si les appelés n'existent pas encore et que leur père, le grevé, ne soit pas encore marié, c'est nécessairement du côté de ce grevé que seront pris tous les membres du conseil (1).

Cette nomination, à la diligence du grevé ou de son tuteur, n'est ja-

(1) Ce conseil de famille doit être convoqué au lieu de l'ouverture de la succession et non au lieu du domicile des appelés : ici ne s'applique pas la disposition de l'art. 406. Angers, 12 août 1852 (Dev., 52, II, 258; *J. Pal.*, 53, I, 37); *Conf.* Demolombe (V, 470).

mais requise qu'après la mort du disposant, alors même que la disposition aurait été faite par donation entre-vifs, parce qu'en effet ce tuteur n'est pas nécessaire pendant la vie du donateur, qui surveillera lui-même l'exécution de ses volontés. Que si le disposant, tout en donnant entre-vifs, a nommé le tuteur immédiatement, et qu'il n'ait pas déclaré ne lui donner de pouvoirs que pour le temps qui suivra son décès, le donateur, de son côté, et aussi le tuteur, son mandataire, auront tous deux qualité pour agir.

L'obligation, pour le grevé, de faire nommer le tuteur doit être accomplie dans le mois à compter du décès ou de la connaissance postérieurement acquise de la disposition.

1057. — Le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article précédent, sera déchu du bénéfice de la disposition; et dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, soit des appelés s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur s'ils sont mineurs ou interdits, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur impérial près le tribunal de première instance du lieu où la succession est ouverte.

SOMMAIRE.

I. Nombreuses dissidences des auteurs sur l'interprétation de cet article.
II. Sens de la disposition : la règle de déchéance est impérative et absolue. — Elle s'applique quoiqu'il n'y ait pas d'appelés, et quoique ces appelés soient mineurs.
III. L'attribution des biens aux appelés avant le décès du grevé n'est que conditionnelle; mais dans quel sens? Nouveau dissentiment avec les auteurs.

I. — 241. Il s'en faut de beaucoup que les auteurs soient d'accord sur le sens de cette disposition.

La plupart, voyant dans ces mots : « le droit *pourra* être déclaré ouvert », la faculté pour les magistrats d'ouvrir ou de ne pas ouvrir le droit, et combinant cette prétendue faculté avec la règle de déchéance qui la précède, enseignent que cette déchéance est facultative également (1). D'autres disent que la proposition « le droit *pourra*... » n'est pas facultative, mais hypothétique; qu'elle signifie que le droit sera ou ne sera pas ouvert selon qu'il existera ou non des appelés, et que la déchéance est impérative. Parmi eux, ceux-ci admettent cette déchéance contre tous grevés (Delvincourt, Maleville); ceux-là contre les majeurs seulement (M. Coin-Delisle, n° 6); d'autres contre les mineurs dont le tuteur est solvable, et non contre les autres (M. Duranton, IX, 568).

Les uns veulent que la déchéance ne soit jamais prononcée tant qu'il n'existe pas d'appelés pour prendre les biens à la place du grevé (M. Du-

(1) Grenier (n° 385); R. de Villargues (ch. 2, sect. 2); Dalloz (sect. 2, art. 4); Poujol (n° 7); Vazeille (n° 1).

ranton, n° 567) ; d'autres disent que la déchéance devra être prononcée également, et que les biens retourneront aux héritiers du disposant (Delvincourt, Maleville; M. Coin-Delisle, n° 4); d'autres pensent que ces biens doivent être mis en séquestre, et leurs revenus capitalisés en attendant qu'il survienne des appelés, et que, s'il n'en survient pas jusqu'à la mort du grevé, ils reviendront à la succession de celui-ci.

II. — 242. Pour nous, il nous semble que ces nombreuses dissidences n'auraient pas existé, et que les résultats indiqués par Delvincourt auraient été admis sans difficulté, si l'on avait bien consulté et les textes de la loi, et l'historique de sa confection.

N'est-il pas évident, d'abord, que la déchéance est absolue, indépendante des circonstances arbitraires auxquelles on voudrait la soumettre, et découlant forcément de ce seul fait qu'on n'a pas accompli la règle de l'article précédent? « Le grevé qui n'aura pas satisfait... sera déchu » : que veut-on de plus clair et de plus formel? le grevé *sera déchu*, sans distinguer s'il y a déjà des appelés ou s'il n'y en a pas encore. — S'il y a des appelés, ce sont eux qui recueilleront; car leur droit sera nécessairement déclaré ouvert : nous disons qu'il le sera, et non pas qu'il pourra l'être; car le mot *pourra* n'indique pas une prétendue faculté que le tribunal aurait de prononcer ou de ne pas prononcer l'ouverture (cette faculté n'existe nullement); il n'exprime pas non plus cette alternative, « selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas d'appelés » (la condition de l'existence des appelés est tellement indubitable, qu'elle n'avait vraiment pas besoin d'être prévue); ce mot n'est mis, selon nous, qu'en vue des personnes qui pourront faire déclarer l'ouverture : elle *pourra* être prononcée aussi bien sur la demande de telle que sur la demande de telle autre : un simple parent de l'appelé *pourra* la demander aussi bien que l'appelé lui-même. — S'il n'y a pas encore de substitués, les biens retourneront aux héritiers du disposant, qui les remettront aux appelés dès qu'il en surviendra, et qui les garderont définitivement s'il n'en survient pas.

Cette dernière idée, contre laquelle tant d'auteurs ont énergiquement protesté, et qu'on a niée de toutes parts comme ne pouvant pas être la pensée de la loi, aurait été infailliblement reconnue vraie si l'on avait recouru aux travaux préparatoires du Code. La règle de notre article n'était pas isolée dans le projet; elle se rattachait à une règle précédente, que le Conseil supprima, mais qui fait parfaitement comprendre le sens de celle qui nous reste...

Un premier article déclarait que les dispositions contenant substitution, pour lesquelles le disposant n'aurait pas nommé de tuteur, seraient nulles; un second article (aujourd'hui 1056) disait que si, à la mort du disposant, le tuteur nommé n'existait plus ou se faisait excuser, le grevé serait tenu de le faire remplacer; et le troisième (qui est le nôtre) ajoutait que le grevé qui n'aurait pas satisfait à cette prescription serait déchu, sauf à appeler à sa place les substitués (art. 133, 134 et 135 du projet : Fenet, XII, p. 405). Ainsi, 1° nullité radicale de la disposition et aussi de la substitution quand le disposant ne nommait pas

de tuteur; 2° annulation de la disposition, mais avec maintien de la substitution, quand c'était par la faute du grevé que le tuteur manquait: voilà quelles étaient les deux règles du projet. De ces deux règles, la première n'existe plus : on a supprimé l'obligation du disposant, et partant la sanction qui l'accompagnait; ce disposant a toujours le droit, mais n'est plus tenu, de nommer le tuteur. Mais la seconde règle est demeurée ce qu'elle était; et le grevé, rigoureusement obligé de procurer un tuteur quand il n'en existe pas, sera puni de l'inaccomplissement de son obligation par la perte de sa libéralité (1). Donc, à défaut d'appelés, ce seront les héritiers du disposant qui prendront les biens : comment s'en étonner, quand on sait que cette règle n'est que le reste d'un système dans lequel le défaut de nomination de tuteur devait les leur attribuer quelquefois malgré l'existence des substitués?

Les héritiers prendront donc les biens, les restitueront aux substitués qui viendraient à naître, et les garderont définitivement s'il n'en survient pas.

243. Le grevé serait également déchu, quoiqu'il fût mineur, pourvu qu'il ne se trouvât pas sans tuteur; car l'obligation, dont la perte de la libéralité est la peine, est imposée à ce tuteur par l'article précédent, et l'art. 1074 déclare généralement que le grevé mineur n'est pas restituable contre l'inexécution des règles prescrites par les articles de notre chapitre. En vain M. Coin-Delisle prétend que cette disposition n'est pas générale comme elle paraît l'être, qu'elle a entendu se référer à certains articles seulement, et que « l'art. 1057 n'est pas compris dans l'énumération que les rédacteurs *voulaient* faire et qu'ils ont *omise* » : on conçoit qu'une pareille doctrine est aussi arbitraire qu'elle est commode. L'arbitraire est encore plus flagrant, s'il est possible, dans la doctrine de M. Duranton, qui, tout en reconnaissant que l'art. 1074 est applicable, veut qu'on excepte le cas où le tuteur serait insolvable; puisque l'article dit, en toutes lettres, que le grevé mineur ne pourra pas être restitué, dans le cas même de l'*insolvabilité* de son tuteur. — Il en serait autrement si le grevé mineur avait été sans tuteur pendant le délai dans lequel devait se faire la nomination; car l'art. 1056 n'impose d'obligation qu'au grevé majeur et au tuteur du grevé mineur, et ni l'un ni l'autre n'existerait dans ce cas. Ce serait alors aux personnes intéressées de faire nommer promptement un tuteur au grevé (art. 406).

III. — **244.** Les auteurs s'accordent à dire que la délivrance qui se fait aux appelés vivants, lors de la déchéance du grevé, est purement provisoire et conditionnelle, et que c'est l'état de la famille au décès du

---

(1) Paris, 29 mai 1841; Rej., 17 avr. 1843 (Dev., 41, II, 579; 43, I, 497); Riom, 4 juin 1847 (Dev., 47, II, 467; *J. Pal.*, 47, II, 364). Mais la déchéance du grevé n'a pas lieu de plein droit; il faut qu'elle ait été formellement prononcée par les juges. Caen, 1er juill. 1856 (Dev., 58, II, 205; *J. Pal.*, 58, 636). Tant que cette déchéance et l'ouverture du droit des appelés n'ont pas été prononcées en justice, les créanciers personnels du grevé ont intérêt et droit à se prévaloir du défaut de transcription de l'acte contenant les dispositions, pour faire tomber la substitution à leur égard et exercer leurs droits sur les biens grevés.

grevé qui règle définitivement l'attribution des biens. D'après cette doctrine, non-seulement les appelés qui naîtraient après la substitution faite partageront les biens avec ceux qui les avaient reçus d'abord, mais même, si ceux-ci meurent avant le grevé et qu'un des nouveau-nés survive, il aura seul tous les biens, sans que les héritiers des prédécédés en puissent rien conserver; que si aucun appelé ne survivait au grevé, les biens retourneraient aux héritiers du disposant.

Nous ne saurions adopter la seconde partie de cette doctrine : sans doute, la remise qui se fait lors de la déchéance est conditionnelle; mais elle ne l'est pas, selon nous, dans le sens que nous venons d'indiquer. Elle est bien faite sous la condition que les biens seront partagés avec les substitués qui pourront survenir, mais non pas sous la condition que les biens n'appartiendront qu'aux substitués qui survivront au grevé. Ainsi, quand il n'existait qu'un enfant lors de la déchéance prononcée, et qu'il en survient un second, les biens, au lieu de rester en entier au premier, se diviseront par moitié entre les deux; s'il en survient un troisième, chacun aura un tiers, et ainsi de suite. Mais le résultat sera indépendant du décès de chaque appelé : quand même le premier appelé serait mort quand survient le troisième, on diviserait toujours par tiers entre les deux derniers et les successeurs du premier, et non par moitié entre les deux derniers; et si tous trois mouraient avant le grevé, c'est à leurs héritiers ou autres successeurs, et non aux héritiers du disposant, que les biens appartiendraient. — Ceci nous paraît une conséquence nécessaire de ce que la substitution, aux termes de notre article, s'ouvre dans ce cas, non pas à la mort du grevé, mais à l'instant de sa déchéance : du moment que le droit du substitué est *ouvert,* qu'il est réalisé et que ce n'est plus une simple espérance, il se transmet donc par sa mort à ses héritiers, tel qu'il l'avait lui-même, c'est-à-dire affecté seulement de la charge de partager également avec tous les appelés qui surviendront.

Ce que nous disons du cas où des appelés existeraient au moment où l'on prononce la déchéance du grevé et l'ouverture du droit, s'applique également au cas où les biens seraient d'abord pris par les héritiers du disposant, à défaut d'appelés, et restitués ensuite par eux aux appelés qui surviendraient.

245. Sur le point de savoir par qui peut être demandée la déclaration d'ouverture du droit des appelés, la loi est trop claire pour avoir besoin d'explication. Quand il n'existe pas d'appelés, et qu'il s'agit tout simplement de faire constater la déchéance du grevé et la révocation de la libéralité, il est clair que c'est aux héritiers du disposant qu'appartient l'action.

1058. — Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet in-

ventaire contiendra la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers.

246. La seconde formalité exigée par la loi dans l'intérêt des appelés, c'est l'inventaire et l'estimation des meubles compris dans la disposition faite à titre universel et par acte de dernière volonté.

Un inventaire ne se fait jamais que pour les meubles; et nous ne doutons pas plus que M. Coin-Delisle (n° 8), malgré l'opinion contraire de Toullier (V, 753), que notre article n'ait entendu se restreindre à eux. Bien d'autres textes que le nôtre (*voy*. art. 451, 794, 1031, etc.) parlent en général de l'inventaire des *biens*, sans que personne ait jamais douté du sens de cette expression : il s'agit de l'inventaire des *biens susceptibles* de s'inventorier; or, encore une fois, on ne fait pas d'inventaire des immeubles (*voy*. art. 600, 626, etc., C. Nap.; 943 C. proc.).

Notre article, en exigeant l'inventaire, déclare excepter les dispositions à titre particulier; et il ne s'applique pas d'ailleurs aux donations entre-vifs, comme le prouve son exception même, qui ne parle que des *legs* particuliers. Ainsi, la règle ne concerne que les legs ou les institutions contractuelles ayant pour objet l'universalité des biens ou l'universalité des meubles, ou une quote de l'universalité des biens ou des meubles (art. 1003 et 1010). Quant aux donations entre-vifs, un état estimatif des meubles donnés y sera nécessairement annexé (art. 948).

1059. — Il sera fait à la requête du grevé de restitution, et dans le délai fixé au titre *Des Successions,* en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais seront pris sur les biens compris dans la disposition.

247. Le grevé a trois mois pour faire dresser l'inventaire, aux termes de l'art. 795, et non pas quatre mois dix jours, comme le prétend Toullier (n° 751), puisque les quarante jours dont parle le second alinéa de cet art. 795 sont accordés à l'héritier, non plus pour l'inventaire, mais pour délibérer, après l'inventaire terminé, sur le point de savoir s'il doit accepter purement, ou accepter bénéficiairement, ou renoncer.

Les frais de l'inventaire ne tombent pas sur la succession du défunt (puisque ce n'est pas pour elle, mais à cause de la libéralité du défunt, qu'il est nécessaire, et que, dès lors, il serait injuste de faire payer les frais par les héritiers); ils ne tomberont pas plus à la charge personnelle du grevé (puisque la libéralité qui y donne lieu s'adresse aussi bien aux substitués qu'à lui) : ils sont à la charge des biens substitués, en sorte qu'ils sont supportés par tous ceux qui profitent de la disposition. Si toutefois il y avait des héritiers absents, mineurs, ou quelque autre circonstance qui aurait nécessité l'inventaire, indépendamment de l'existence de la substitution, les frais devraient être pris sur la masse entière des biens; de sorte que les biens substitués et ceux qui reste-

raient dans la succession *ab intestat* en supporteraient une part proportionnelle.

1060. — Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il y sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, en présence du grevé ou de son tuteur.

1061. — S'il n'a point été satisfait aux deux articles précédents, il sera procédé au même inventaire, à la diligence des personnes désignées en l'article 1057, en y appelant le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution.

248. Quand l'inventaire n'a pas été dressé à la requête du grevé, dans les trois mois du décès du disposant, le tuteur à la disposition est chargé de le faire faire; et s'il ne le fait pas dans le mois suivant, le droit de le requérir passe concurremment aux appelés ou à leurs tuteurs ou curateurs, aux parents de ces appelés, et au procureur impérial près le tribunal dans le ressort duquel la succession est ouverte.

1062. — Le grevé de restitution sera tenu de faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception néanmoins de ceux dont il est mention dans les deux articles suivants.

249. L'ordonnance de 1747, rédigée dans un esprit aristocratique et de conservation des biens *en nature* dans les familles, voyait peu favorablement la substitution des meubles, dont la conservation et la restitution *en nature* seraient souvent bien difficiles et peu profitables; et elle ne l'admettait sans condition que pour les meubles qui se trouvaient *compris* dans une disposition universelle, ou de quotité (art. 4). Quant aux dispositions spéciales de meubles, elles étaient nulles quand le disposant n'avait pas eu soin d'ordonner expressément la vente (article 5); et on ne permettait exceptionnellement la conservation en nature que 1° pour les choses servant à l'usage ou à l'ornement des châteaux ou maisons substitués, et 2° pour les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres (art. 6 et 7).

Le Code Napoléon, rédigé dans un tout autre esprit, n'a nullement entendu prohiber ni restreindre les dispositions spéciales de meubles; et quand notre article parle de *meubles compris dans la disposition,* il est clair qu'il signifie, non pas seulement, comme dans l'art. 4 de l'ordonnance, les meubles qui se trouvent embrassés dans une disposition universelle, mais même ceux qui feraient l'objet unique d'une disposition particulière. Dans le second cas, comme dans le premier, la disposition serait valable; et, dans tous les cas, le grevé serait tenu de

faire vendre ces meubles, sauf les exceptions indiquées par les deux articles suivants.

Les dispositions de ces deux articles semblent, au premier coup d'œil, n'être que la reproduction des art. 6 et 7 de l'ordonnance ; mais nous allons voir que l'une d'elles est rédigée dans un sens différent et beaucoup plus large.

1063. — Les meubles meublants et autres choses mobilières qui auraient été compris dans la disposition, à la condition expresse de les conserver en nature, seront rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution.

250. L'art. 7 de l'ordonnance n'autorisait la conservation en nature sur l'ordre exprès du disposant que pour les meubles servant à l'usage ou à l'ornement des châteaux et maisons faisant eux-mêmes partie de la substitution; c'était seulement quand ces meubles étaient des dépendances ou des accessoires de l'immeuble substitué que le disposant pouvait se dispenser d'en ordonner la vente. Notre article, au contraire, permet à ce disposant de faire restituer en nature tous les meubles qu'il lui plaira de désigner, et alors même que ces meubles formeraient l'unique objet de la disposition; ainsi, je puis donner à Pierre mon argenterie (et rien que mon argenterie) avec charge de la rendre en nature à ses enfants.

1064. — Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres, seront censés compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres; et le grevé sera seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution.

251. La première disposition de cet article, fort utile dans l'ordonnance, se trouvait inutile à exprimer ici dans le Code. L'art. 524 généralisant l'idée que l'ordonnance proclamait pour les substitutions, et déclarant comme principe absolu que les bestiaux et ustensiles, attachés par un propriétaire à l'exploitation de son fonds, deviennent immeubles par destination et ne font qu'un seul tout avec ce fonds, la disposition que nous rencontrons ici, et qui était une exception dans l'ancien droit, n'est plus qu'une application particulière d'un principe de droit commun. Du moment qu'il est reconnu, en principe, que les bestiaux et ustensiles attachés à une ferme forment légalement une partie de la ferme, il est clair que toute disposition de cette ferme embrasse ces bestiaux et ustensiles, à moins qu'on n'ait formellement exprimé le contraire; et cela, soit qu'il s'agisse d'une disposition frappée de substitution, ou d'une libéralité simple, ou d'une disposition à titre onéreux. — Notre article ayant été décrété le 3 mai 1803, tandis que le titre *De la Distinction des biens* ne l'a été que le 25 janvier 1804, on ignorait alors si le principe de l'immobilisation serait adopté; et

quand il a été admis plus tard, on n'a pas songé à revenir supprimer notre disposition, devenue inutile.

Par suite de ce principe nouveau du Code, ce ne seraient plus seulement les bestiaux et ustensiles qui seraient soumis à la disposition de notre article, mais tous les biens qui, meubles par leur nature, se trouvent immeubles par destination, d'après les art. 522-525; tous seront censés compris dans la disposition de l'immeuble dont ils font légalement partie.

252. Quoique le grevé doive conserver les bestiaux et ustensiles pour les rendre en nature, il ne rendra cependant pas identiquement les mêmes objets dans l'état où ils pourraient se trouver; car, la plupart du temps, ils pourraient ne plus exister, ou seraient du moins grandement détériorés. Il devra les faire estimer pour en rendre d'autres d'une valeur égale. Nous disons pour en rendre *d'une valeur* égale, et non pas *une valeur* égale; car ce n'est pas la valeur des choses, mais les choses elles-mêmes qu'il doit remettre. L'art. 6 de l'ordonnance, que les rédacteurs du Code ont entendu reproduire et qu'ils ont copié, disait *pour en rendre d'une égale valeur;* et tout le monde reconnaît, ou que la suppression de la particule *d'* s'est faite par inattention, ou qu'on a voulu dire : « une valeur en bestiaux et ustensiles », et non pas une valeur en argent.

1065. — Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, à compter du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptants, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs.

Ce délai pourra être prolongé, s'il y a lieu.

1066. — Le grevé sera pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés et des remboursements de rentes; et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers.

253. Ces articles et les deux suivants nous indiquent la quatrième et dernière formalité requise dans l'intérêt des appelés : c'est l'emploi de tous les deniers qui se trouvent faire partie de la substitution. — Tous ceux qui existent lors de la clôture de l'inventaire (soit qu'ils proviennent de remboursements de créances faits dans l'intervalle du décès du disposant à cette clôture de l'inventaire, ou du prix de la vente des meubles, soit qu'ils aient une tout autre source) doivent être placés dans les six mois à compter de cette clôture, sauf encore, pour le grevé, le droit de faire prolonger ce délai par la justice, s'il y a lieu. — Ceux qui proviennent de recouvrements faits après la clôture de l'inventaire doivent être placés dans les trois mois du jour de la réception.

1067. — Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait; sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilége sur des immeubles.

1068. — L'emploi ordonné par les articles précédents sera fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution.

254. Quoique la loi demande que l'emploi, quand il n'a pas été indiqué par le disposant, se fasse en acquisition d'immeubles ou avec *privilége* sur des immeubles, plusieurs auteurs (1) enseignent qu'il suffirait d'une première hypothèque; et M. Vazeille (n° 1), poussant plus loin cette doctrine arbitraire, décide que l'on pourrait, selon les circonstances, se contenter d'une hypothèque de second ou de troisième ordre... La loi nous paraît trop formelle pour suivre cette opinion; et nous pensons avec Delvincourt (ch. 4, sect. 3, § 1), M. Grenier (n° 389) et M. Demante (II, 460), que le placement sur privilége est indispensable. En vain on dit qu'une première hypothèque sur un immeuble libre vaut un privilége : c'est faux, puisque le privilége passe toujours avant l'hypothèque, alors même qu'il est né après elle (art. 2095). On objecte que le privilége ne pouvant pas résulter, comme l'hypothèque, de la volonté du débiteur, il serait trop difficile d'effectuer le placement... Mais on peut placer avec privilége au moyen de la subrogation (art. 1250, 1° et 2°; 2103, 2° et 5°); et en supposant que le grevé ne trouvât pas à le faire, il trouverait toujours à acheter des immeubles (2).

Si, après les délais voulus, le grevé n'avait pas fait l'emploi, le tuteur, chargé de le faire, pourrait le forcer de déposer les fonds à la Caisse des dépôts et consignations. S'il laissait les deniers aux mains du grevé, et qu'ils vinssent à être perdus pour la substitution, ce tuteur en serait responsable; car, après l'expiration du délai, il est en faute de laisser les capitaux à la disposition du grevé (art. 1073).

§ 4. — Des mesures ordonnées dans l'intérêt des tiers.

1069. — Les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires, à charge de restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques; savoir, quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation; et quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége.

---

(1) Toullier (V, 760); Duranton (IX, 974); Coin-Delisle (n° 2); *J. Pal.* (sect. 6).

(2) Jugé que le placement sur immeubles, imposé comme condition de la donation ou du legs de capitaux avec charge de substitution, peut, au cas où sa réalisation se trouve ne pouvoir avoir lieu, être remplacé par des obligations du Crédit foncier. Dijon, 16 août 1861 (Dev., 61, II, 543; *J. Pal.*, 61, 796).

255. Pour garantir ceux qui contractent avec le grevé, du préjudice que pourrait leur causer l'ignorance de la nature résoluble des droits de ce grevé, la loi oblige celui-ci et le tuteur à la disposition à rendre publique la charge qui frappe sur les biens.

La publicité s'obtient, quant aux immeubles, par la transcription de l'acte d'acquisition sur les registres du conservateur du lieu où ces immeubles sont situés; et quant aux sommes placées, par une inscription prise contre les immeubles affectés au privilége qui doit les garantir, aux termes de l'art. 1067.

Ainsi, pour les immeubles donnés en nature par le disposant, on fait transcrire le titre même de la disposition (en sorte que cette règle de transcription se trouve faire double emploi avec celle de l'art. 939, quand il s'agit de donation entre-vifs, et ne présente une règle nouvelle que pour le cas de testament); pour les immeubles achetés par le grevé en emploi de deniers substitués, on transcrit l'acte de vente, dans lequel le tuteur a dû faire mentionner que le bien était acquis pour la substitution; enfin, pour les capitaux placés avec privilége, on fera faire une inscription mentionnant également la charge de rendre. — S'il s'agissait d'une seconde libéralité reportant la charge de rendre sur une donation antérieure (art. 1052), il faudrait, pour les biens ainsi grevés après coup, faire la transcription de cette nouvelle disposition en marge de la transcription faite de la première donation; ce qui ne dispenserait pas, bien entendu, si les biens de la nouvelle libéralité étaient eux-mêmes grevés de substitution, de faire une transcription spéciale du nouvel acte à son rang et au bureau de la situation des biens nouvellement donnés. Quant aux meubles qui seraient conservés en nature (articles 1063 et 1064), il n'y a pas d'autre garantie que la surveillance du tuteur : s'ils venaient à être aliénés par le grevé, les acquéreurs, même à titre gratuit, se trouveraient à l'abri par l'effet de l'art. 2279; et les appelés seraient réduits à un recours en indemnité contre le grevé, et aussi contre ce tuteur, s'il y avait eu négligence de sa part.

1070. — Le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition, pourra être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables.

256. Tous créanciers du grevé et tous acquéreurs, pourvus qu'ils soient à titre onéreux (car nous allons voir, par l'art. 1072, que notre disposition ne s'applique pas aux donataires ou légataires), peuvent argumenter du défaut de transcription ou d'inscription, et faire, quand cette transcription ou cette inscription n'existe pas, ce qu'ils auraient fait si les biens n'avaient pas été frappés de substitution et s'étaient trouvés libres aux mains du grevé. La loi s'est tellement préoccupée des

intérêts de ces tiers, que l'insolvabilité même du grevé et du tuteur ne permettrait pas aux appelés d'attaquer ceux qui ont traité avec le grevé.

1071. — Le défaut de transcription ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription.

257. Il est clair que cet article et le précédent s'appliquent aussi bien au défaut d'inscription qu'au défaut de transcription, quoiqu'ils n'en parlent pas. L'omission, au surplus, se trouve suffisamment réparée par les termes de l'art. 1072.

La disposition de notre article, si sévère qu'elle soit, est trop formelle pour qu'on puisse s'y soustraire : la loi tient tellement à la publicité de la charge de rendre, qu'elle n'admet aucun équivalent aux moyens qu'elle a indiqués elle-même pour la procurer.

1072. — Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription.

SOMMAIRE.

I. Cette fin de non-recevoir s'applique aux héritiers, donataires et légataires du grevé.

II. Cet article prouve que le Code ne distingue pas la transcription de l'acte comme substitution, de sa transcription comme donation : conséquence.

III. Il prouve aussi que, comme on l'a dit déjà, le défaut de transcription comme donation ne peut être opposé par les donataires et légataires du donateur.

I. — 258. Cet article refuse le droit d'invoquer le défaut de transcription ou d'inscription : 1° aux donataires, légataires, ou héritiers du disposant, c'est-à-dire à tous ses ayants cause à titre gratuit, et 2° aux donataires, légataires ou héritiers de ces mêmes ayants cause; or, comme le grevé lui-même est toujours un ayant cause à titre gratuit du disposant, il s'ensuit que les donataires, légataires ou héritiers de ce grevé ne peuvent jamais se plaindre du défaut de transcription, ainsi que nous l'avons dit sous l'art. 1070.

II. — 259. Mais si la règle s'applique nécessairement au grevé (puisqu'il est nécessairement compris dans la classe des héritiers, donataires ou légataires du disposant), elle ne s'applique pas seulement à lui; elle embrasse, en termes très-formels, tous les donataires, légataires ou héritiers de ce disposant. Or, c'est là, selon nous, une nouvelle preuve de cette idée, établie déjà sous l'art. 941, n° IV, que la transcription d'un acte comme donation d'après l'art. 939, suit les mêmes règles que la transcription comme substitution d'après l'art. 1069, et que les acquéreurs à titre gratuit ne peuvent pas plus invoquer le défaut de l'une que le défaut de l'autre.

En effet, si le législateur, au lieu de ne voir, comme nous le prétendons, qu'une seule transcription toujours identique dans sa nature et dans ses effets, avait entendu distinguer la transcription pour substitution de la transcription pour donation; si notre art. 1072, en parlant du défaut de transcription, n'avait entendu que le défaut de la transcription pour substitution, en supposant faite la transcription pour donation (quand il s'agit d'une donation), il n'aurait pas dit ce qu'il nous dit ici; il n'aurait pas pris la peine de déclarer que les légataires ou héritiers du *disposant* ne peuvent pas se plaindre du défaut de transcription. Car, pour qu'on se demande si une personne aura oui ou non le droit d'agir dans ce cas, il faut avant tout qu'elle ait quelque intérêt à le faire; or, les personnes dont il s'agit seraient toutes sans intérêt aucun.

Ainsi, par exemple, Pierre m'a donné entre-vifs une ferme avec charge de la restituer à l'aîné de mes enfants; on a fait transcrire, mais on a omis par inattention la phrase relative à la charge de rendre, en sorte que l'acte se trouve transcrit comme donation et ne l'est pas comme substitution : la transcription, dans ce cas, apprendrait bien que la ferme n'appartient pas à Pierre, mais à moi donataire; mais elle n'apprendrait pas que j'en ai seulement une propriété résoluble au profit de mes enfants. Or, si notre article n'avait voulu parler que de cette hypothèse, que du défaut de transcription comme substitution seulement, il est bien clair qu'il n'aurait pas parlé des donataires, légataires ou héritiers du *disposant*... Après m'avoir fait la donation que j'ai fait transcrire en tant que donation, Pierre vous a donné ou légué la même ferme. Est-ce que, dans ce cas, vous auriez pu avoir l'idée de venir dire à mes enfants : « Je savais bien que la ferme n'appartenait plus à celui qui me la donnait, qu'elle était la propriété de votre père; mais comme je ne savais pas que votre père fût obligé de vous la rendre, c'est moi qui vais vous l'enlever... N'ayant pas su, au moyen d'une transcription comme substitution, que la propriété de votre père était résoluble; ayant cru, au contraire, vu la simple transcription comme donation, que cette propriété était irrévocable, je dois donc avoir le profit de la libéralité que le donateur de votre père m'a faite plus tard à un moment où il n'avait aucun droit sur l'objet?... » Il est clair qu'une prétention aussi ridicule n'aurait jamais été soulevée, et que le législateur n'a pas pu avoir la pensée de faire une disposition spéciale pour déclarer inadmissible une pareille plaisanterie.

Donc, de ce que le législateur déclare ici non recevables, non-seulement les ayants cause à titre gratuit du grevé, mais aussi les ayants cause à titre gratuit du *disposant,* il s'ensuit bien qu'il n'y a qu'une seule et unique transcription qui est, tout ensemble, transcription pour donation et pour substitution.

260. Cette même vérité se prouve encore par cette circonstance que notre article repousse seulement les ayants cause *à titre gratuit* du disposant, et non ses ayants cause à titre onéreux. Si le Code, en effet, avait entendu parler du cas où, sans publicité de la substitution, il y aurait

publicité de la donation, il est évident qu'il aurait déclaré non recevables tous les ayants cause du disposant, même ceux à titre onéreux... Quand la disposition entre-vifs que Pierre a faite de son domaine à mon profit est une fois transcrite comme donation, celui à qui Pierre *vendrait* ensuite ce domaine n'est pas plus intéressé à connaître la substitution que celui à qui il le *donnerait :* que vous importe, à vous, achetant à Pierre, de savoir si le domaine m'appartient irrévocablement, ou si je dois le restituer plus tard à mes enfants? Du moment que je vous fais savoir, par ma transcription comme donation, que la propriété n'appartient plus à Pierre, mais à moi, vous savez que Pierre n'a plus le droit de vous vendre, vous ne devez pas lui acheter; et si vous avez l'imprudence de le faire, ce n'est certes pas une raison pour vous plaindre du défaut de connaissance de la *substitution,* qui nuit, non pas à vous, mais à moi : ce n'est pas cette substitution, c'est ma donation qui vous nuit; or, cette donation, vous l'avez connue, elle a été transcrite.

Donc, puisque la fin de non-recevoir n'est établie que contre ceux auxquels le disposant a transmis à titre gratuit, c'est une nouvelle preuve qu'il s'agit d'une transcription comme substitution et comme donation tout ensemble.

260 *bis*. Ainsi, notre article n'est écrit que pour le cas où la disposition faite à charge de rendre n'a été nullement transcrite ; et les ayants cause à titre gratuit du disposant, quand même ils pourraient critiquer contre le donataire grevé ce défaut absolu de transcription, ne pourront pas l'invoquer contre les appelés. Par conséquent, même dans le système de ceux qui enseignent que les donataires et légataires du donateur peuvent en effet invoquer contre le donataire antérieur le défaut de transcription, ces donataires ou légataires ne pourraient prendre les biens que pendant la vie du donataire grevé, et seraient obligés de les remettre aux appelés au décès de ce grevé.

III. — 261. Mais on a vu (art. 941, n° IV) que nous n'adoptons pas ce dernier système, et que, d'après notre doctrine (qui est aussi celle de Merlin, de Guilhon, de Grenier et de la jurisprudence), les donataires et légataires postérieurs ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription contre le donataire antérieur. Cette doctrine se trouve encore justifiée par notre article.

En effet, pourquoi le Code refuse-t-il aux donataires et légataires le droit d'invoquer le défaut de transcription contre les appelés? Serait-ce par une faveur particulière pour ceux-ci? Mais des substitués sont, au contraire, vus moins favorablement qu'un donataire ordinaire ; la substitution n'est permise que par exception à un principe de prohibition sévère, tandis que la donation simple est de droit commun ; le substitué, à défaut de transcription, se voit enlever les biens (par les ayants cause à titre onéreux), même quand il est mineur ou interdit et que son tuteur et le grevé sont insolvables (art. 1070), et encore que le réclamant soit d'une mauvaise foi notoire (art. 1071). Donc, si on le soustrait à l'action des donataires et légataires, ce ne peut pas être par une faveur parti-

culière ; c'est bien plutôt par cette idée, toute naturelle et fort équitable, qu'entre deux personnes qui luttent l'une et l'autre *de lucro captando,* celle dont le titre est antérieur doit par cela seul être préférée à la seconde, et que la condition rigoureuse d'une transcription préalable pour l'acquisition du droit vis-à-vis des tiers n'est imposée qu'au profit de ceux qui réclament un droit établi à titre onéreux : or, cette idée s'applique à des donataires ordinaires aussi bien qu'à des substitués. Ainsi, selon nous, de même que des acquéreurs à titre onéreux n'ont jamais besoin de la transcription vis-à-vis d'acquéreurs postérieurs, même à titre onéreux également, de même les acquéreurs à titre gratuit n'en ont jamais besoin vis-à-vis d'autres acquéreurs à titre gratuit : la transcription n'est nécessaire que quand il y a un acquéreur à titre onéreux en face d'un donataire, et les art. 941 et 1070 n'entendent parler que de personnes ayant un intérêt acquis à titre onéreux.

1073. — Le tuteur nommé pour l'exécution sera personnellement responsable, s'il ne s'est pas, en tout point, conformé aux règles ci-dessus établies pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription, et, en général, s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement exécutée.

1074. — Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre.

262. Les dispositions de ces deux articles se trouvent expliquées par ce qui a été dit précédemment, notamment sous les art. 1054 et 1057, II.

CHAPITRE VII.

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS.

1075. — Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens.

263. La loi a cru devoir donner aux pères de famille un moyen de prévenir les contestations que fait naître trop souvent le partage des successions, en leur permettant de régler eux-mêmes ce partage entre leurs enfants.

Ce partage de la succession de l'ascendant, par l'ascendant lui-même, ne peut se faire, comme on va le voir par l'article suivant, que dans la forme et avec toutes les règles d'une donation ou d'un testament. Ce n'est pas précisément un testament ou une donation, c'est un partage; ce n'est pas proprement une libéralité, mais plutôt la consécration

du droit de succession ; il ne s'agit point de créer un droit aux biens, mais tout simplement de régler les droits successifs conférés par la loi. C'est pour cela que les dispositions s'appliquent à la réserve comme au disponible, ainsi que le prouve notre article; c'est pour cela aussi que le disposant n'est pas libre d'omettre quelqu'un de ses enfants (art. 1078), ni de violer le grand principe de l'égalité entre les héritiers (art. 1079). Les règles que nous allons expliquer auraient donc pu se placer tout aussi bien dans le titre *Des Successions* que dans notre titre *Des Donations;* elles n'appartiennent à la matière des donations que pour la manière de réaliser le partage dont il s'agit.

Cette disposition, mitoyenne pour ainsi dire, qui n'est pas un partage ordinaire de succession, et qui n'est pas non plus une libéralité proprement dite, n'est permise qu'aux ascendants au profit de leurs descendants : un parent collatéral ne pourrait pas en user vis-à-vis de ses héritiers présomptifs (1). Sans doute, il pourrait distribuer ses biens entre ses héritiers ; mais il ne ferait pas alors un partage de succession revêtant les formes d'une donation ou d'un legs : il ferait un véritable legs, une véritable donation. Donc, tandis que le partage dont il s'agit serait nul s'il ne se trouvait pas fait entre tous les héritiers existant au décès (art. 1078), la disposition du collatéral resterait valable, quoiqu'elle attribuât tous les biens à quelques-uns seulement des héritiers; et tandis que notre partage peut être attaqué si l'un des enfants n'a pas les trois quarts de sa part héréditaire, ou si un autre a plus que le disponible et sa part de réserve réunis (art. 1079), la disposition du collatéral serait inattaquable, quelle que fût l'inégalité des avantages faits aux divers donataires ou légataires.

1076. — Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs ou testamentaires, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments.

Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents.

264. Quoique le partage dont il s'agit ici ne soit pas précisément un legs ou une donation, cependant il s'en rapproche beaucoup; puisque, s'il se fait par acte de dernière volonté, c'est, comme le testament, une disposition faite pour le temps où son auteur n'existera plus; et que, s'il a lieu par acte entre-vifs, il produit actuellement, comme la donation, un dépouillement gratuit : c'est sans doute

(1) *Conf.* Aubry et Rau (VI, § 728, p. 217); Demolombe (V, nº 700); *Dict. not.* (vº Partage d'ascendant, nº 20). *Contrà :* Caen, 2 déc. 1847 (Dev., 49, II, 193; Dall., 49, II, 85). — Les ascendants n'ont le droit de faire le partage anticipé de leurs biens qu'entre leurs descendants du degré immédiatement successible. Ainsi est nul le partage opéré par un père entre son fils et les enfants de ce fils. Douai, 10 nov. 1853 (Dev., 54, II, 417; Dall., 55, II, 170). *Conf.* Demolombe (V, nº 707). *Voy.* aussi Cass., 5 juin 1848, 12 mars 1849, 21 juill. 1851 (Dev., 48, I, 507; 49, I, 437; 51, I, 617; Dall., 48, I, 107; 49, I, 96; Dall., 51, I, 201); *Dict. not.* (vº Part. d'asc., nºˢ 26 et suiv.).

ce qui a conduit le législateur à le soumettre, en général, à toutes les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations ou les testaments. Quoi qu'il en soit, la volonté de la loi est formelle à cet égard.

Ainsi, quand il a lieu par disposition de dernière volonté, il faut qu'on emploie l'une des trois formes : olographe, publique ou mystique (art. 969) ; de plus, la disposition est toujours révocable (article 895), et elle ne pourrait être faite par deux ascendants ensemble et par un seul acte (art. 968). Il suit de là qu'un père et une mère ne pourront jamais faire, par acte de dernière volonté, la distribution commune de leurs biens entre leurs enfants. L'inconvénient, on le conçoit, en sera grand, surtout pour les biens composant la communauté qui pourrait exister entre eux. Il est fâcheux que le législateur n'ait pas soustrait le partage d'ascendants à la règle de l'art. 968 ; mais *statuit lex* (1).

Quand le partage a lieu par acte entre-vifs, il doit être accepté expressément (art. 932) ; il est irrévocable (art. 894), et se trouve dès lors soumis aux diverses conséquences du principe *donner et retenir ne vaut*. Ainsi, non-seulement il ne peut, comme le dit notre article, comprendre que les biens présents (art. 943), mais il ne peut être fait sous des conditions dépendant de la seule volonté du disposant (article 944), ni sous la charge d'acquitter d'autres dettes que celles qui existeraient actuellement (art. 945), ni sous la réserve faite par l'ascendant de disposer plus tard des choses comprises dans le partage (article 946) (2).

265. Tout le monde reconnaît bien que, dans le cas de partage par acte testamentaire, les descendants sont tenus, et tenus *ultra vires bo-*

(1) Le partage entre-vifs fait conjointement par le père et la mère peut comprendre les biens de la communauté existant entre les donateurs. Paris, 23 juin 1849 (Dev., 49, II, 554; Dall., 50, II, 10). Mais est nul le partage testamentaire fait par le père dans lequel il a compris les biens de la communauté encore existante. Cass., 15 juin 1863 (Dev., 64, I, 272; *J. Pal.*, 64, 1264). — Les époux ne peuvent valablement, en vue de faire un partage testamentaire de leurs biens entre leurs enfants, procéder à la division de leur communauté encore existante. Cass., 13 nov. 1849, 23 déc. 1860; Orléans, 5 juin 1862 (Dev., 49, I, 753; 62, I, 29; 63, II, 66; Dall., 49, I, 312; 62, I, 31). *Voy.* aussi Cass., 7 août 1860, 2 déc. 1862 (Dev., 60, I, 977; 63, I, 124; Dall., 60, I, 498; 63, I, 228). Voy. *Dict. not.* (v° Part. d'asc., n°s 108 et suiv.).

(2) Les partages d'ascendants sont soumis aux règles qui tiennent essentiellement à la nature des partages, notamment à la règle qui veut que les lots entre cohéritiers soient composés d'objets de même nature. — Est nul le partage par lequel un ascendant a attribué à l'un de ses enfants la totalité des immeubles moyennant une soulte à payer aux autres enfants, alors d'ailleurs que les immeubles n'étaient pas impartageables. Cass., 14 mai 1847, 18 déc. 1848, 28 fév. 1855, 18 déc. 1855, 11 août 1856, 18 août 1859, 7 janv. 1863; Agen, 7 fév. et 22 mars 1865 (Dev., 47, I, 513; 49, I, 257; 55, I, 785; 56, I, 305; 56, I, 781; 60, I, 64; 63, I, 121; 65, II, 65; Dall., 49, I, 57; 49, I, 17; 55, I, 81; 56, I, 20; 57, I, 21; 59, I, 410; 63, I, 226). Mais il en est autrement lorsque les immeubles ne peuvent être partagés commodément. Cass., 9 juin 1857, 7 août 1860; Grenoble, 11 janv. 1864; Agen, 1er juin 1864, 7 fév. et 22 mars 1865 (Dev., 57, I, 685; 61, I, 977; 64, II, 249; 64, II, 130; 65, II, 65; Dall., 57, I, 294; 60, I, 498). — L'action en nullité pour irrégularité dans la formation des lots ne peut être arrêtée par l'offre que feraient les cohéritiers d'un supplément de portion héréditaire. Cass., 10 nov. 1847, 21 août 1848, 25 fév. 1856 (Dev., 48, I, 690; 56, I, 305; 48, I, 195; 56, I, 113). Voy. *Dict. not.* (v° Partage d'asc., n°s 124 et suiv.).

norum (à moins d'acceptation bénéficiaire), des dettes du disposant : c'est une conséquence de ce que les copartagés, comme nous l'avons dit, viennent, non pas en vertu d'un testament et comme légataires, mais par succession légitime et comme héritiers : l'acte testamentaire étant là, non pour conférer le droit, mais pour régler le droit conféré par la loi.

La question est plus embarrassante en cas d'acte entre-vifs. Toullier (n°s 817 et 818) enseigne que l'obligation de payer les dettes (les dettes actuelles, bien entendu; car, d'après l'art. 945, il ne peut être question des dettes futures) n'existe qu'autant qu'il résulte de l'acte que le disposant a entendu l'imposer. M. Duranton (n° 630) dit que l'obligation existera si la disposition est faite à titre universel, et qu'elle n'existera pas si le disposant a procédé par l'attribution d'objets spéciaux... Nous ne saurions adopter ces idées. De quelque manière que l'ascendant ait procédé, il y a toujours, au fond, disposition universelle, puisqu'il s'agit du partage d'un patrimoine, de la division d'une universalité entre diverses personnes appelées comme copropriétaires de cette universalité, et qui ne viennent d'ailleurs que par une espèce de succession anticipée. Or, un patrimoine, c'est l'actif diminué du passif (*voy.* l'art. 1085, n° III). Nous pensons donc, avec Grenier (n° 395), Delvincourt et M. Vazeille (n° 3), que l'obligation de payer les dettes actuelles existe ici de plein droit (1).

266. Au surplus, cette espèce de quasi-succession ne pouvant pas être regardée, à défaut d'une fiction positive dans la loi, comme une succession véritable, puisque *nulla est viventis hæreditas;* et les enfants ne pouvant pas être les continuateurs de la personne qui transmet, puisque cette personne existe toujours, ces dettes actuelles ne seraient pas dues par eux *ultra vires,* mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens.

Quant aux dettes futures, il est clair que les enfants ne les devraient qu'autant qu'ils viendraient, au décès du disposant, accepter sa succession pour recueillir les biens qui auraient pu lui survenir postérieurement. Et, dans ce cas, s'ils acceptaient purement, ils devraient *ultra vires* et ces dettes futures, et celles qu'ils n'avaient dues d'abord que dans les limites de l'actif, puisque, se trouvant alors les continuateurs du défunt, ils devraient tout ce que ce défunt devait.

1077. — Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront partagés conformément à la loi.

267. Ce n'est là qu'une application du principe de l'art. 887.

---

(1) *Conf.* Nîmes, 20 août 1856 (Dev., 57, II, 51; Dall., 56, II, 220). *Contrà :* Bordeaux, 18 janv. 1858 (Dev., 58, II, 470; Dall., 59, II, 182); Aubry et Rau (VI, § 733, note 6, p. 230) Voy. *Dict. not.* (v° Part. d'asc., n°s 87 et suiv.).

1078. — Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.

268. Un partage est nécessairement nul quand il n'est pas fait entre tous les ayants droit : or, les ayants droit sont ici tous les descendants qui se trouvent appelés à la succession du disposant à son décès; si donc quelqu'un de ces descendants se trouve omis (parce qu'il n'était pas né lors de la confection de l'acte), le partage est nul pour le tout. C'est ce que déclare la première partie de notre article. — Quand le partage se trouve ainsi entaché de nullité, il ne serait pas juste de forcer les enfants qui y ont été compris à rester indéfiniment sous le coup de l'action de leurs cohéritiers, jusqu'à ce qu'il plût à ceux-ci d'agir. En conséquence, la seconde partie de l'article déclare que le partage est nul absolument pour tous, et que les enfants qu'on y avait appelés peuvent, aussi bien que les autres, en provoquer un nouveau (1).

Il est clair, au surplus, que cette nullité du partage, pour omission d'un ou de plusieurs enfants, n'a lieu qu'autant que les enfants omis acceptent la succession; car, s'ils renoncent, ils se trouvent n'avoir jamais eu droit à cette succession (art. 785), et le partage, dès lors, se trouvant avoir été fait entre tous les ayants droit, demeure inattaquable.

269. Si, au lieu de la survenance d'un enfant après la confection de l'acte, il y avait, au contraire, prédécès de l'un des enfants copartagés, qu'arriverait-il?... Il faut distinguer si cet enfant laisse ou non des descendants, et si le partage s'est fait par donation ou par testament.

Quand le partage s'est fait par testament, alors les biens se trouvent transmis, non par legs, mais par succession : le seul changement aux règles ordinaires, c'est que le partage de cette succession avait été réglé d'avance. Donc, si le prédécédé laisse des enfants, ceux-ci viendront par représentation prendre dans la succession du disposant la portion qui avait été assignée à leur père. S'il ne laisse pas d'enfants, ce sont ceux qui auraient été ses cohéritiers qui se trouvent appelés, chacun pour sa part, aux biens qu'il devait prendre; et ces biens ne se trouvant pas partagés entre eux, il y a lieu de faire pour eux un supplément de partage, conformément à l'art. 887.

270. Quand le partage s'est fait par acte entre-vifs, l'enfant aujourd'hui prédécédé s'est trouvé immédiatement propriétaire irrévocable

(1) *Voy.* Angers, 14 juill. 1847; Caen, 10 mai 1852; Douai, 10 nov. 1853; Cass., 3 juin 1863 (Dev., 48, II, 273; 53, II, 74; 54, II, 417; 64, I, 269; Dall., 47, II, 180; 53, II, 185; 63, I, 429).

des biens à lui attribués; et s'il les a aliénés, soit entre-vifs, soit par testament, l'aliénation est valable : s'il ne les a point aliénés, ils sont dans sa succession *ab intestat*. — Si, en laissant ces biens dans sa succession, l'enfant n'a pas de descendant, les biens donnés sont repris à ce titre par l'ascendant auteur du partage (art. 747) ; et les autres copartagés viendront les reprendre dans la succession de celui-ci, en faisant pour eux un nouveau partage (art. 887). — S'il laisse des descendants, ces biens leur appartiendront s'ils acceptent sa succession ; que s'ils y renoncent, ils reviendront, comme on vient de le dire, à l'ascendant donateur. Mais soit que ces enfants acceptent la succession de leur père, soit qu'ils y renoncent, ils ne pourront jamais rien réclamer dans la succession du disposant quant aux biens partagés, car ils ne pourraient venir à cette succession que par représentation ; or, l'enfant qui vient par représentation de son père est tenu de rapporter le don fait à son père, alors même qu'il renonce à sa succession (article 848) : ils ne recevraient donc d'une main que pour rendre de l'autre (1).

Une autre conséquence de ce que, par le partage entre-vifs, le copartagé est actuellement saisi, comme par une donation ordinaire, c'est qu'une renonciation à la succession du disposant n'empêcherait pas ce copartagé de conserver les biens qu'il a reçus.

1079. — Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart : il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet.

271. En déclarant le partage d'ascendants rescindable pour lésion de plus du quart, la loi ne fait qu'appliquer le principe général de l'article 887. Ainsi, ce n'est pas de l'importance de la réserve qu'il faut se préoccuper ici, car il ne s'agit pas d'une libéralité, et de la distinction des biens en réservés et en disponibles ; il s'agit d'un partage, et il faut rechercher seulement si l'enfant a obtenu, oui ou non, au moins les trois quarts de sa part exacte (art. 887). S'il n'a pas ces trois quarts, il pourra se plaindre, quand même il aurait plus que sa réserve ; s'il a ces trois quarts, il ne pourra pas réclamer, quand même il aurait moins que sa réserve... (2).

Supposons qu'un patrimoine de 60 000 francs soit à partager entre deux enfants, et que le père, au lieu de donner exactement ou à peu

---

(1) Jugé que les partages d'ascendants faits par acte entre-vifs ne sont point révoqués par le décès de l'un des enfants copartageants survenu avant celui de l'ascendant (Montpellier, 7 fév. 1850 : Dev., 50, II, 561 ; Dall., 51, II, 25), et qu'au cas d'un partage testamentaire, le prédécès de l'un des enfants rend caduc ce partage, alors même que l'enfant décédé laisse des descendants ; ceux-ci ne prennent pas par représentation la place de leur auteur (Agen, 23 déc. 1847 : Dev., 48, II, 1 ; Dall., 48, II, 17). Voy. *Dict. not.* (v° Part. d'asc., n°s 38 et suiv.).

(2) Voy. *Dict. not.* (v° Part. d'asc., n° 13).

près 30 000 francs à chacun, attribue 38 000 francs à l'un et 22 000 seulement à l'autre... Ce dernier a plus que sa réserve (qui, dans l'espèce, serait de 20 000 francs); mais comme il n'a pas les trois quarts de sa moitié dans les biens partagés (puisque cette moitié étant 30 000 francs, les trois quarts seraient 22 500), il pourra faire rescinder le partage. Supposons maintenant un patrimoine de 80 000 francs, trois enfants, et une donation de 20 000 francs faite à un étranger, ou par préciput à l'un des enfants, et qui réduit à 60 000 francs également les biens à partager : le père laisse à l'un 25 000 francs, au second 20 000 francs, et au dernier 15 000 francs seulement... Celui-ci n'a pas sa réserve (qui est ici d'un quart de tout le patrimoine, ou 20 000 francs); mais comme il a les trois quarts de la portion qui lui appartenait dans les 60 000 francs à partager, il ne pourra pas critiquer le partage.

272. — Ce que nous venons de dire suppose que l'ascendant peut ne distribuer à ses enfants que sa réserve, en donnant d'ailleurs tout son disponible, soit à l'un des enfants (par préciput), soit à toute autre personne; et que, dans ce partage, portant sur la réserve seulement, l'enfant ne peut pas se plaindre du moment qu'il a les trois quarts de sa portion dans les biens partagés. Et en effet, le résultat est alors le même que si le père, après avoir donné son disponible, était mort sans partager le reste; le partage de la réserve, fait d'après les règles ordinaires du titre *Des Successions*, n'aurait pas pu être attaqué non plus, du moment que nul des partageants n'aurait été lésé de plus d'un quart (art. 887).

Toutefois, pour que le partage ne puisse être critiqué en pareil cas, il faut que le disponible ne vienne pas à un enfant dont la part serait assez forte pour que la réunion du tout dépassât les valeurs réunies du disponible et d'une part exacte de réserve. Par exemple, si, dans la seconde hypothèse ci-dessus, c'était à l'enfant qui reçoit le préciput de 20 000 francs que fût attribuée dans le partage la portion de 25 000 francs, ce partage serait rescindable d'après la seconde disposition de notre article; car cet enfant aurait ainsi 45 000 francs, tandis que la réunion du disponible et du tiers exact de la réserve ne peut former que 40 000 francs. Le législateur présume, dans ce cas, que l'ascendant n'a usé du partage permis par notre chapitre que pour frauder la loi et faire avoir à un enfant plus que sa réserve et le disponible réunis. On voit, au surplus, par les termes mêmes de notre article, que le partage seul pourrait être annulé dans ce cas; la disposition préciputaire conserverait son effet, sauf à faire un nouveau partage d'après les règles ordinaires.

273. Puisque l'espèce de disposition dont s'occupe ici la loi constitue un partage, on devra donc lui appliquer celles des règles ordinaires du partage auxquelles notre article ne déroge pas. Il faut donc décider, d'après l'art. 891, que les deux causes de rescision indiquées par notre article disparaîtraient si, dans le premier cas, on offrait à celui qui n'a pas les trois quarts de sa portion le supplément de cette portion; et

si, dans le second, celui qui est trop avantagé offrait de restituer ce qu'il se trouve avoir au delà de ce que permet la loi. En effet, ces offres ne laisseraient aucun intérêt à la demande en rescision (1).

274. Nous verrons sous l'art. 1304 que l'action accordée par notre article ne s'ouvre, même en cas de donation entre-vifs, que par le décès de l'ascendant (2), et que c'est seulement à ce décès, dès lors, que commence à courir le délai de dix ans par lequel elle se prescrit (3).

1080. — L'enfant qui, pour une des causes exprimées en l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation; et il les supportera en définitive, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée.

275. La loi, présumant jusqu'à preuve du contraire que le partage de l'ascendant a été fait comme il devait l'être, et ne voulant pas que l'enfant se porte trop facilement à en demander la rescision, déclare que non-seulement le demandeur sera tenu d'avancer de ses deniers les frais de l'estimation qu'il faudra faire des biens, mais que, s'il succombe, il les supportera seul, ainsi que les autres frais du procès, quoique ordinairement les juges soient autorisés à compenser ces frais, quand c'est entre frères et sœurs que le débat s'agite (4).

Bien entendu, cette exception à l'art. 131 du Code de procédure n'empêcherait pas d'appliquer sa disposition au cas inverse. Ainsi, quand le demandeur en rescision aura triomphé, il est clair que les juges pourront lui faire supporter néanmoins une partie des frais.

---

(1) Les biens doivent être estimés d'après leur valeur à l'époque du décès, et non d'après leur valeur à l'époque du partage. Cass., 18 fév. 1851, 4 juin 1862, 28 juin et 29 août 1864; Bordeaux, 3 mai 1865 (Dev., 51, I, 340; 62, I, 785; 64, I, 433; 65, II, 335; Dall., 51, I, 294; 62, I, 401; 64, I, 280 et 345). — Le défendeur à l'action en réduction ne peut arrêter le cours de la demande en offrant à l'enfant lésé le supplément de sa portion héréditaire soit en numéraire, soit en nature. Cass., 17 août 1863 (Dev., 63, I, 529; Dall., 64, I, 29). Voy. *Dict. not.* (v° Part. d'asc., n°s 164 et suiv.).

(2) L'action en nullité ne peut être formée qu'après le décès de l'ascendant : toute demande intentée durant la vie de l'ascendant doit donc être déclarée non recevable quant à présent. Cass., 14 juill. 1852 (Dev., 52, 1, 749); Limoges, 25 juin 1855 (Dev., 55, II, 511; Dall., 56, II, 135); Bordeaux, 22 fév. 1858 (Dev., 58, II, 561). *Conf.* Aubry et Rau (VI, § 734 et note 15, p. 236); Massé et Vergé (III, § 511, note 3, p. 313). Voy. *Rev. crit.* (t. III, p. 72).

(3) *Conf.* pour l'action en rescision du partage : Cass., 28 fév. 1855, 19 déc. 1859, 7 janv. 1863 (Dev., 55, I, 785; 60, I, 423; 63, I, 121; Dall., 55, I, 81; 59, I, 494; 63, I, 226); voy. *Rev. crit.* (I, p. 280); — et pour l'action en réduction : Cass., 30 juin 1847, 2 août 1848, 16 juill. 1849, 31 janv. 1853 (Dev., 47, I, 481; 49, I, 258; 49, I, 622; 53, I, 153; Dall., 47, I, 174 et 193; 49, I, 237; 53, I, 31). *Voy.* aussi Cass., 27 nov. 1865 (Dev., 65, I, 104). Voy. *Dict. not.* (v° Part. d'asc., n°s 171 et suiv.). Est valable la clause par laquelle l'ascendant déclare priver de toute part dans la quotité disponible l'enfant qui attaquera le partage, et donner cette quotité à ceux dont les lots seraient attaqués. Bordeaux, 16 janv. 1846; Caen, 31 janv. 1848; Bordeaux, 22 fév. 1818; Poitiers, 20 fév. 1861 (Dev., 47, II, 267; 48, II, 425; 58, II, 561; 61, II, 465).

(4) La charge imposée par l'art. 1080, à l'enfant qui veut attaquer un partage d'ascendant pour cause de lésion, de faire l'avance des frais de l'estimation, ne va pas jusqu'à l'obliger de consigner le montant de ces frais. Riom, 10 mai 1851 (Dev., 51, II, 598; Dall., 52, II, 255). Mais le juge peut ordonner cette consignation s'il la croit nécessaire. Lyon, 18 avr. 1860 (Dev., 60, II, 406).

CHAPITRE VIII.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX, ET AUX ENFANTS A NAITRE DU MARIAGE.

276. On a vu sous l'art. 896, n° II, que, malgré l'opinion contraire de Merlin et de Toullier, il n'existe plus, sous le Code, de donations à cause de mort, et que les libéralités exceptionnelles dont s'occupent notre chapitre et le chapitre suivant ne sont toujours que des donations entre-vifs, qui restent soumises aux règles ordinaires pour tous les cas qui ne sont pas l'objet d'une dérogation formelle.

Les donations dont traite notre chapitre VIII sont de quatre espèces : 1° donations ordinaires de biens présents (art. 1081); — 2° donations de biens à venir (art. 1082 et 1083); — 3° donations cumulatives de biens présents et à venir (art. 1084 et 1085); — 4° enfin, donations faites sans dépouillement irrévocable du donateur, et par dérogation à la règle *donner et retenir ne vaut,* consacrée par les art. 944-946 (art. 1086).

Chacune de ces quatre espèces a des règles spéciales; mais il est aussi des règles qui leur sont communes. Ainsi, 1° elles ne sont pas nulles pour défaut d'acceptation expresse (art. 1087); — 2° elles sont toujours faites sous la condition tacite que le mariage aura lieu (article 1088); — 3° elles sont de plein droit présumées faites (à l'exception de celles de la première espèce) aux enfants à naître du mariage (art. 1082, 1086 et 1089); — 4° elles sont caduques (à l'exception encore de celles de la première espèce) si le donateur survit à l'époux donataire et à ses enfants issus du mariage (art. 1089); — 5° elles sont réductibles, comme toutes les autres, à la quotité disponible (article 1090); — 6° comme toutes autres aussi, elles sont révoquées de plein droit par survenance d'enfant (art. 960); — 7° mais elles ne sont pas révocables pour ingratitude (art. 959).

1081. — Toute donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre.

Elle ne pourra avoir lieu au profit des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre VI du présent titre.

277. Les règles générales auxquelles restent soumises les donations faites par contrat de mariage, quand elles n'ont pour objet que des biens présents, sont : la réduction à la quotité disponible; la révocation pour survenance d'enfant; la transcription s'il s'agit d'immeubles (art. 939); l'état estimatif pour les meubles (art. 948); l'impossibilité de s'adresser à des personnes non encore conçues (art. 906); le dessaisissement actuel et irrévocable du donateur. Il est bien vrai que ce

donateur peut ici ne pas se dépouiller irrévocablement (art. 1086); mais alors ce ne serait plus une donation de biens présents proprement dite, celle dont parle notre article et appartenant à la première des quatre classes indiquées ci-dessus : ce serait une donation de la quatrième classe, celle que prévoit l'art. 1086, et qui diffère de l'autre 1° en ce qu'elle est censée faite non-seulement à l'époux, mais à ses enfants à naître du mariage, et 2° en ce qu'elle est caduque (quand il y a lieu) par la survie du donateur à l'époux et aux enfants.

Nous venons de dire que la donation faite de la manière prévue à l'art. 1086 s'adresse de plein droit aux enfants à naître comme à l'époux lui-même; mais, au contraire, celle dont parle notre article, la donation régulière de biens présents, ne pourrait pas comprendre ces enfants, même par une vocation formelle (sauf, bien entendu, le cas de substitution : notre second alinéa le déclare positivement. Ainsi, les seules différences entre cette donation par contrat de mariage et la donation ordinaire, c'est 1° qu'elle n'exige pas une acceptation expresse (art. 1087), 2° qu'elle est toujours conditionnelle (art. 1088), et 3° qu'elle n'est pas révocable pour ingratitude (art. 959). — Il est évident, au surplus, que de 1826 à 1849 ce n'est pas seulement dans les cas énoncés au chapitre VI (c'est-à-dire quand le donateur est le père ou le frère de l'époux donataire) qu'on pouvait appeler les enfants au moyen d'une substitution fidéicommissaire, mais dans tous les cas possibles, puisque les dispositions à charge de rendre aux enfants pouvaient se faire alors au profit de toutes personnes.

1082. — Les pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage.

SOMMAIRE.

I. Donation de biens à venir. Par qui elle peut être faite : erreur de Grenier. — Elle n'est possible que par contrat de mariage : erreur de Toullier et de M. Vazeille. — Elle peut se faire à titre particulier : réfutation de M. Duranton.

II. La donation peut se faire à l'un des époux ou à tous deux; et, pour le cas de prédécès de ceux-ci, elle peut s'étendre aux descendants à naître du mariage. — Cette extension aux descendants se présume de plein droit dans le silence du testateur; mais elle disparaît devant une exclusion formelle : réfutation de M. Coin-Delisle.

III. Les enfants et descendants ne viennent ni par substitution fidéicommissaire, ni même par substitution vulgaire : critique de M. Demante et de M. Duranton. — On doit appliquer aux petits-enfants les règles de la représentation.

IV. Quoique le donateur puisse exclure les enfants, il ne peut cependant les appeler pour des parts inégales, ni en appeler seulement un ou plusieurs; il ne le pouvait (avant 1849) que par la substitution, qui est permise ici comme dans les donations des biens présents. Quant à l'ancienne clause d'*association*, elle n'est plus possible.

V. Le donataire ne doit pas les dettes *ultra vires*. *Quid* de la délivrance?

I. — 278. La disposition dont il s'agit ici est celle que, d'après l'usage reçu, nous avons souvent désignée par le nom d'*Institution contractuelle*. Ce nom lui convenait parfaitement autrefois, puisqu'elle était vraiment une *institution* d'héritier faite par *contrat;* mais elle n'est pas rigoureusement exacte aujourd'hui qu'il n'y a plus d'autres héritiers que les successeurs appelés par la loi même, et que la volonté de l'homme ne fait plus que des donataires ou des légataires (art. 893). Aujourd'hui, comme le prouvent et l'art. 893, et la rubrique de notre chapitre, et les art. 1082, 1083 et 1089, ce n'est plus là qu'une donation entre-vifs, une *donation de biens à venir,* et c'est par les règles générales des donations, et non par celles des successions ou des testaments, qu'il faudra suppléer aux règles spéciales de cette manière de disposer.

La donation de biens à venir peut être faite par toute personne, qu'elle soit ou non parente du donataire : notre article s'en explique catégoriquement. Mais il ne s'agit cependant pas ici des dons faits par un des époux à l'autre; c'est au chapitre suivant, dans l'art. 1093, que la loi s'en occupera. Il est clair, au surplus, que quand la loi déclare cette donation permise à toute personne, elle suppose une personne capable de faire une donation. Ainsi, cette donation ne pourrait pas plus qu'une autre être faite par un mineur (art. 903 et 904); et elle ne pourrait pas l'être non plus par une femme mariée non autorisée (art. 905). La doctrine contraire de Grenier (n° 431, *in fine*) est une erreur palpable, qui ne pouvait manquer d'être rejetée par tous les auteurs, comme elle l'est en effet (1).

279. Cette donation ne peut évidemment se faire que par contrat de mariage; et l'on a peine à comprendre l'opinion contraire de Toullier (n° 830), opinion sur laquelle M. Duvergier ne se prononce pas, mais que les autres auteurs ont également repoussée. En effet, c'est là une attribution de droits sur une succession future, une convention sur une succession non ouverte; or, une pareille convention étant prohibée en principe (art. 1130), notre article, en la permettant dans un cas particulier, établit donc une exception au droit commun; et comme une exception ne peut jamais s'étendre au delà de ses termes, force est bien de s'en tenir à notre texte, qui ne permet de disposer des biens qu'on laissera en mourant que *par contrat de mariage*. Nous aurons à revenir plus d'une fois sur cette idée, que c'est là une disposi-

(1) Elle n'est pas soumise à la formalité de la transcription. *Conf.* Troplong (*Donat.*, n° 1169); Rivière et Huguet (n°s 427 et suiv.); Aubry et Rau (VI, § 704, p. 81); *Dict. not.* (v° Inst. contr., n° 66). *Contrà :* Flandin (*Transcr.*, n°s 701 et suiv.).

tion exceptionnelle, en dehors de laquelle on retombe dans la prohibition de l'art. 1130.

280. Notre article permet la donation pour tout *ou partie* des biens que le donateur laissera en mourant. M. Duranton enseigne (n° 676) que la loi parle seulement d'une *partie aliquote,* et non de biens donnés à titre particulier; ainsi je pourrais donner comme biens à venir la moitié, le tiers, le quart de mon patrimoine, mais non pas telle maison ou une somme d'argent. Mais sur quoi donc se fonde cette décision? M. Duranton ne le dit pas; et il eût été utile de le dire. Serait-ce sur le sens du mot *partie?* mais la libéralité d'une *partie* des biens s'entend indistinctement, dans la loi, d'une disposition à titre universel ou d'une disposition à titre particulier (art. 895, 1048, 1049, etc.). Sans doute, ce ne sera plus là l'ancienne institution contractuelle; mais ce sera l'ancienne donation à cause de mort, ce sera une donation de biens à venir. Où est le texte qui restreigne cette donation de biens à venir à la disposition à titre universel?... M. Duranton veut que toute donation d'objets particuliers soit toujours considérée comme donation de biens présents; ainsi, quand j'ai donné tels objets déterminés, pour que le donataire les prenne *à mon décès,* c'est là, dit-il, une donation ordinaire, opérant le dépouillement actuel et irrévocable, et contenant seulement une réserve d'usufruit pour le disposant. Mais, en vérité, ce n'est pas là traiter la question, c'est se placer à côté... Supposons que j'aie dit positivement: « Je vous donne 20 000 francs, *à prendre sur ma succession* », ou bien : « Je vous donne ma maison, mais comme bien à venir, en tant seulement qu'elle sera plus tard dans ma succession et que je n'en aurai pas disposé à titre onéreux (art. 1083) »; dans ce cas, il faudra bien avouer que ce n'est plus une donation de biens présents, et il faudra répondre nettement à la question de savoir si cette donation est nulle ou valable. M. Duranton dira sans doute qu'elle est nulle; mais il nous paraît évident, comme à M. Coin-Delisle (n°s 14-18), qu'elle est parfaitement valable. Sans doute, elle serait sans effet dans les cas ordinaires, d'après l'art. 947, qui déclare nulle toute donation de biens à venir; mais elle serait valablement faite à un époux par son contrat de mariage, d'après notre art. 1082, et d'après l'art. 947 qui déclare que *l'art.* 943 *ne s'applique point* aux donations dont parle notre chapitre (1).

II. — 281. Voyons maintenant au profit de quelles personnes peut se faire la donation de biens à venir.

Elle peut se faire soit 1° au profit de l'un des époux, soit 2° au profit de tous deux, soit 3° au profit de l'un ou de tous les deux et de la postérité à naître du mariage.

Elle peut se faire d'abord pour un seul des époux; car, si le premier alinéa de notre article ne parle que *des époux,* le second a soin de dire :

---

(1) Rej., 1er mars 1821; Rouen, 5 mars 1834; Rej., 13 juill. 1835 (Dev., 36, I, 154). *Voy.* aussi Besançon, 9 juin 1862 (Dev., 62, II, 469; *J. Pal.*, 62, 1107); Aubry et Rau (VI, § 739, texte et note 7); Massé et Vergé (IV, § 517, p. 321, note 3, et § 518, p. 327, note 2).

les époux *ou l'un d'eux.* — Elle peut l'être pour tous les enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants à naître du mariage; car si le premier alinéa ne parle d'abord que des enfants, le second a soin de dire : les enfants *et descendants.* — Mais elle ne peut pas avoir lieu pour les descendants seulement; il faut qu'elle s'adresse aux époux et aux descendants : aux époux d'abord (ou à l'un d'eux), et à sa descendance ensuite; car la loi ne permet la disposition au profit des enfants que « dans le cas où le donateur survivrait à l'*époux donataire.* » Ainsi, il faut d'abord appeler un des époux ou tous deux en première ligne; et c'est seulement en seconde ligne, et pour le cas où ces premiers donataires prédécéderaient, qu'il est permis d'appeler leurs descendants : la donation ne peut pas se faire principalement à ces enfants; elle peut seulement s'étendre à eux, en cas de prédécès des donataires principaux.

282. Mais s'il est permis d'appeler ces descendants, ce n'est pas obligatoire; on peut appeler les père et mère ou l'un d'eux, et repousser les descendants. Il est vrai que ces descendants sont vus avec tant de faveur, que, si le donateur n'en parle pas, la donation est de plein droit présumée faite à leur profit; mais ce n'est là qu'une présomption, et cette règle, dès lors, disparaîtrait devant une déclaration de volonté différente. Tous les auteurs étaient d'accord sur ce point, lorsque M. Coin-Delisle est venu soutenir une doctrine contraire (nos 29 à 35) (1).

Il invoque d'abord l'ancien droit. Mais nous avons déjà vu, et M. Coin-Delisle reconnaît lui-même ailleurs (n° 52), qu'il n'y a rien à conclure de l'ancien droit au nouveau sur cette matière. Il ajoute que c'est là une présomption légale, et que, dès lors, aucune preuve n'est admise contre elle. Mais la loi ne repousse ainsi toute preuve contraire que pour les présomptions sur le fondement desquelles elle prononce une nullité (art. 1352), et il n'est pas question de nullité ici. — Il argumente ensuite du retranchement de ces mots qui terminaient notre article dans le projet : *si le contraire n'a été exprimé,* et aussi de ce qu'on a ajouté après coup le mot *seulement;* et il en conclut que la faculté de ne pas appeler les enfants, qui devait exister d'après le projet, a été enlevée, et que les enfants devront toujours venir malgré la déclaration expresse et catégorique du donateur qu'il entend donner *aux époux seulement.* Mais si l'on avait entendu donner à cette suppression, et surtout à l'addition du mot *seulement,* ce sens rigoureux; si l'on avait voulu dire que les descendants seraient toujours appelés malgré l'expression formelle d'une volonté contraire, on n'aurait pas pu dire que la donation serait alors *présumée* faite à leur profit, mais bien qu'elle serait faite (ou réputée faite) à leur profit; on ne peut *présumer* que ce qui n'est pas exprimé; quand le disposant déclare positivement *non,* la loi peut bien dire que néanmoins ce sera *oui,* mais elle ne peut pas dire que ce *oui* sera *présumé.* Il résulte donc déjà du maintien du mot *présumé* que les mots *si le contraire*... n'ont été retranchés que comme

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Instit. contr., nos 30 et suiv.).

inutiles, et que le mot *seulement* a été ajouté, non pas pour le cas où le disposant aurait positivement déclaré *donner seulement* aux père et mère, en excluant ainsi les enfants, mais pour le cas où il aurait *seulement déclaré* donner aux père et mère, sans parler des enfants : c'est quand ces enfants seront ainsi passés sous silence que la donation pourra être, et sera, en effet, *présumée* faite à leur profit.

M. Coin-Delisle s'appuie encore sur ce que notre article étant tout exceptionnel et laissant dès lors défendu tout ce qu'il ne permet pas, force est bien de rester dans les termes du premier alinéa, qui n'autorise, dit-il, la libéralité que quand elle s'adresse *tant aux époux qu'aux enfants*. L'argument n'est pas heureux ; car il est évident que ce premier alinéa emploie des termes qui n'ont rien d'impérieux et qui doivent s'expliquer par le second alinéa : si l'on s'en tenait ainsi au premier alinéa, on dirait que la donation ne peut être faite qu'aux deux époux simultanément, et qu'elle ne s'étend qu'aux enfants du premier degré ; c'est le reste de l'article qui nous dit qu'elle peut se faire aux époux *ou à l'un d'eux,* et aux enfants *ou autres descendants*. De même ce second alinéa nous fait comprendre que la donation, qui peut être faite aux époux et aux enfants, peut aussi ne l'être qu'aux époux. — Notre confrère invoque enfin l'art. 1089, qui dit que la donation n'est caduque qu'autant que le donateur survit au donataire *et à sa postérité*. Mais cet article, qui n'est d'abord pas le siége de la matière et ne s'occupe pas de nous dire à quelles personnes peut se faire la donation, doit nécessairement s'expliquer par le nôtre, et ne peut pas se prendre dans un sens absolu et indépendant des dispositions auxquelles il se réfère. Ainsi, quoiqu'il parle de la postérité en général et sans restriction, il est bien certain, et M. Coin-Delisle reconnaît avec nous (et avec tous les auteurs) qu'il ne peut être question que de la postérité issue du mariage en considération duquel la donation a été faite. De même, il ne peut être question que de la postérité qui se trouve appelée par la déclaration ou du moins par le silence du donateur, mais non de celle qu'il aurait formellement exclue.

Il n'y a donc aucun des arguments de M. Coin-Delisle qui soit concluant ; et nous restons en face de cette idée, que l'extension aux descendants de la donation faite seulement aux époux ou à l'un d'eux n'ayant lieu que par présomption de la volonté du donateur, c'est seulement en cas de silence de ce donateur que cette extension est possible, mais non dans le cas d'une exclusion formelle... Et maintenant, ce qui rend le doute impossible, c'est que notre article a été présenté par le gouvernement aux législateurs et décrété par ceux-ci dans le sens que nous lui connaissons. Voici, en effet, ce que dit l'Exposé des motifs au Corps législatif : « Les donateurs *pourront* prévoir le cas où l'époux donataire mourrait avant eux, et, dans ce cas, *étendre* leur disposition au profit des enfants à naître du mariage. *Dans le cas où les donateurs n'auront pas prévu le cas de leur survie,* il sera présumé de droit que leur intention a été de disposer non-seulement au profit de l'époux, mais encore en faveur des enfants et descendants à naître du mariage. »

(Fenet, XII, p. 569.) Ainsi, en prévoyant le cas de leur survie, les donateurs *peuvent* étendre la donation aux descendants, mais ils n'y sont pas tenus; et l'extension de plein droit n'a lieu que quand les donateurs *n'ont pas prévu ce cas de leur survie.*

283. Il est évident, au surplus, que les descendants à naître du mariage en faveur duquel se fait la donation sont les seuls au profit desquels cette donation puisse être faite ou présumée faite. Des enfants de l'époux, d'un autre mariage, à naître ou même déjà nés, ne pourraient jamais y être appelés, même par une clause formelle; car on retomberait pour eux dans la règle qui déclare nulle toute donation de biens à venir (art. 943). Les enfants à naître *du mariage* sont seuls exceptés par notre art. 1082, et Grenier, qui avait d'abord émis une opinion contraire, a bientôt reconnu qu'elle était insoutenable (n° 421).

III. — 284. Les enfants et descendants du mariage appelés à la donation, soit par une clause formelle, soit par le simple silence du disposant, ne sont nullement des substitués fidéicommissaires; et ils ne sont pas même précisément des substitués vulgaires. Ce ne sont pas des substitués fidéicommissaires; car rien n'oblige l'époux donataire, s'il survit au donateur et recueille la disposition, de conserver les biens pour rendre plus tard à ses enfants; il est parfaitement libre d'en disposer comme il l'entendra. Ce ne sont pas non plus des substitués vulgaires, nonobstant la doctrine de M. Demante (II, n° 493, *in fine*); car ils ne sont pas appelés à recueillir dans tous les cas où l'époux ferait défaut, mais seulement dans le cas où cet époux mourrait avant le donateur. Ainsi, que cet époux survive au donateur et refuse la donation, les enfants ne pourront pas recueillir à sa place, tandis qu'un substitué vulgaire recueillerait (art. 898). Les enfants ne pourraient pas recueillir alors, puisque la loi ne permet de les appeler que pour le cas où le donateur survit, et qu'ici c'est le donataire qui a survécu. La décision contraire de M. Duranton (n° 702) est une erreur fondée sur un cercle vicieux évident.

Le savant professeur dit que les enfants recueilleront dans le cas de renonciation de l'époux, parce qu'ils sont substitués vulgairement; mais pour dire qu'ils sont ainsi substitués, il faut tout d'abord supposer qu'ils ont le droit de recueillir dans ce cas de renonciation, et dans tous les cas où l'époux donataire ferait défaut : M. Duranton pose donc comme principe ce qui est précisément la question... Voici la vraie doctrine en deux mots : En principe, la donation de biens à venir est défendue (art. 943); notre article, en la permettant, constitue donc une exception qui doit, comme toute exception, s'interpréter restrictivement, et ne pas s'étendre au delà de ses termes. Or, cet article ne la permet pour les enfants de l'époux donataire que pour le cas où cet époux mourrait avant le donateur; donc elle reste prohibée quand il lui survit, et, par conséquent, ce n'est pas un cas de substitution vulgaire. — M. Duranton enseigne que le droit des enfants s'ouvrirait non-seulement par la renonciation de l'époux donataire, mais aussi par son *indignité :* cette idée est encore plus malheureuse que l'autre. En effet,

ce n'est pas là un cas de succession, c'est un cas de donation. Or, il n'y a pas, pour les donations, d'autre indignité que l'ingratitude; mais précisément l'art. 959 déclare que l'ingratitude cesse d'être une cause de révocation pour les donations faites en faveur du mariage. Il n'y a donc pas d'indignité possible dans notre matière.

285. Il n'est pas exprimé dans notre texte, mais il doit paraître certain que le Code, en appelant après les enfants les autres descendants, ne les appelle que pour le cas de prédécès des premiers, et qu'en transmettant aussi les biens à toute la descendance, comme s'il s'agissait d'une succession, il entend appliquer des règles analogues à celles des successions. Ainsi, que le donataire meure, avant le donateur, laissant tout à la fois des enfants et des petits-enfants, ceux de ces petits-enfants qui auraient encore leur père ne pourraient pas recueillir, quand même ce père renoncerait (art. 744); ceux dont le père serait prédécédé le représenteraient pour concourir avec les autres enfants, leurs oncles; et si, tous les enfants étant prédécédés, il n'y avait que des petits-enfants, ils partageraient par souches et non par têtes.

IV. — 286. On s'est demandé si le donateur pourrait dire qu'il se réserve, en cas de prédécès du donataire, de distribuer lui-même les biens inégalement et comme il l'entendra aux descendants de celui-ci, ou même de les donner en totalité à celui d'entre eux qu'il voudra désigner alors. Il est évident qu'il le pourrait; car ce serait tout simplement dire qu'il entend reprendre ces biens dans ce cas de prédécès, pour en faire alors tel usage qu'il lui plaira; et nous avons prouvé contre M. Coin-Delisle que le donateur peut stipuler cette caducité de la donation pour le prédécès du donataire. Seulement, il n'y aurait alors de sérieux que cette stipulation de caducité, et la quasi-promesse d'une donation future aux enfants n'aurait évidemment rien d'obligatoire.

Mais pourrait-il aussi effectuer dès à présent cette attribution inégale des biens aux enfants, ou cette donation de tous les biens à un seul, par exemple, au premier enfant mâle qui naîtra? Il est certain que non, quoi que puissent dire M. Dalloz (chap. 11, sect. 3) et M. Vazeille (n° 5). En effet, notre article, en dehors de la disposition duquel on retombera toujours dans la prohibition de l'art. 943, ne permet la donation de biens à venir qu'aux *enfants et descendants,* en masse, collectivement, et dès lors avec des droits égaux; en sorte qu'on ne peut ni leur attribuer des parts inégales, ni appeler un ou plusieurs à l'exclusion des autres. Sous la loi de 1826, le donateur pouvait bien atteindre ce résultat; mais ce n'était pas par une simple donation de biens à venir : ce ne pouvait être qu'au moyen d'une substitution, et en chargeant l'époux donataire de conserver les biens pour les rendre également ou inégalement à un ou plusieurs de ses enfants.

287. Ce que nous venons de dire suppose que l'on peut depuis le Code, comme on le pouvait autrefois, faire une substitution dans la donation de biens à venir. Et en effet, les art. 1048 et 1049 ne distinguent nullement entre les donations de biens à venir et celles de biens

présents; ils permettent la substitution dans les unes comme dans les autres. Mais pourrait-on, comme le permettait aussi l'ancien droit, faire la donation de biens à venir, non plus à la charge pour le donataire de conserver pour rendre à ses enfants, mais à la charge de partager avec telle personne le bénéfice de la disposition?... La négative nous paraît évidente, malgré la doctrine contraire de Merlin (*Rép.*, v° Instit. contr., § 5) et de M. Vazeille (n° 11).

Ces auteurs s'appuient sur ce motif, que tout ce qui n'est pas défendu par un texte de loi reste par là même permis. Mais le texte que l'on prétend ne pas exister se trouve et dans l'art. 1130 (qui défend tout pacte sur une succession non ouverte), et dans l'art. 943 (qui défend les donations de biens à venir). Notre article apporte une exception à ces prohibitions; mais comme cette exception n'est relative qu'aux époux et à leur descendance (et pour celle-ci, en cas seulement de prédécès du premier avant le donateur), elle ne vous autorise donc pas à faire participer une autre personne à la disposition; et le cas dont il s'agit reste dès lors sous la règle prohibitive (1).

288. Mais si, en fait, une pareille disposition avait eu lieu, quel en serait le résultat? La partie des biens que l'époux donataire devait remettre à l'autre personne, et que celle-ci ne peut prendre, d'après ce que nous venons de dire, rentrerait-elle dans la succession du donateur, en sorte que la nullité de la clause profiterait à ses héritiers; ou bien resterait-elle à l'époux donataire comme étant comprise dans sa donation? On tient assez généralement à la première idée, et la raison qu'on en donne, c'est que, quand une libéralité quelconque se trouve nulle, les biens qui en faisaient l'objet restent tout naturellement dans le patrimoine du disposant (2). Nous ne pouvons nous ranger à cet avis; et nous pensons, avec Delvincourt et M. Dalloz (ch. 11, sect. 2), que les biens resteront à l'époux donataire.

En effet, quoique la charge imposée à Pierre d'associer Paul aux biens qu'on lui donne soit une libéralité au profit de Paul, cette clause n'est cependant pas une disposition directe; elle est une condition, une charge, un accessoire d'une autre disposition, celle de Pierre : c'est évident, puisqu'on a donné *tout* à Pierre à la *charge* par lui de faire part de son bénéfice à Paul. Mais, s'il en est ainsi, ce cas tombe donc sous la règle de l'art. 900, d'après lequel toutes conditions ou charges illicites imposées à une libéralité sont réputées non écrites (*voy.* article 900, n° III). Ainsi, quand j'ai dit : « Je donne ma succession à Pierre, à charge par lui de la partager avec Paul », on effacera les mots « à charge... », et il ne restera que cette disposition simple : « Je donne ma succession à Pierre. »

V. — 289. Le donataire de biens à venir, alors même qu'il est appelé à l'universalité du patrimoine, ne doit jamais les dettes que jusqu'à

---

(1) *Conf.* Delvincourt, Favard (n° 8); R. de Villargues (n° 213); Dalloz (sect. 2, n° 11); Rép. du *J. Pal.* (ch. 7, sect. 2, § 5).

(2) Grenier (n° 423); Favard (v° Instit. contr.); R. de Villargues (*Subst.*, n° 213); Duranton (IX, 695); Rép. du *J. Pal.* (ch. 7, sect. 2).

concurrence des biens, et n'en peut pas être tenu *ultra vires*. C'est évident, puisque cette obligation de payer les dettes *ultra vires* n'existe que pour celui qui est *héritier*, et que la disposition dont il s'agit ici, au lieu d'être comme autrefois une *institution d'héritier*, n'est plus qu'une *donation*.

290. Le bénéficiaire de la disposition n'étant plus héritier, mais simple donataire, et aucun texte de loi n'étendant aux donataires la faveur que l'art. 1006 accorde aux légataires (universels) d'être saisis par la mort du disposant (quand il n'y a pas d'héritiers réservataires), il s'ensuit que ce donataire n'aura jamais la saisine et devra toujours demander la délivrance aux héritiers du sang.

1083. — La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement.

291. Celui qui ne promet que sa succession, qui donne ses biens en tant seulement qu'ils se trouveront encore dans son patrimoine lors de son décès, demeure nécessairement libre d'aliéner et d'engager ces biens; seulement, pour que sa donation ne soit pas dérisoire et insignifiante, pour qu'elle produise immédiatement un effet quelconque et ne se confonde pas avec un simple testament, il lui est interdit de disposer désormais à titre gratuit des choses comprises dans cette donation; et c'est à titre onéreux seulement qu'il en a encore la libre disposition (1).

Toutefois, la défense d'aliéner à titre gratuit n'est pas absolue; et le disposant peut encore faire des libéralités, quand elles ont pour objet des choses d'une valeur modique; on ne pouvait pas défendre au donateur de faire une aumône ou de récompenser un service... Au surplus, on ne pourrait plus exiger, comme le faisaient la plupart de nos anciens auteurs, que la libéralité fût faite pour récompense *ou œuvre pieuse;* la loi ayant dit « à titre de récompense *ou autrement* », il est clair qu'on ne peut plus rechercher la cause du don. Du moment que ce don sera d'une valeur modique (relativement à la fortune du disposant), la disposition sera valable.

292. De ce que le Code déclare ne permettre les dispositions gratuites que pour des *sommes* modiques, il n'en faudrait pas conclure que ces dispositions ne pourraient avoir pour objet que de l'argent; il est bien évident que la loi entend parler de *valeurs* modiques, peu importe en quoi consistent ces valeurs. Mais, de ce que l'article parle de *sommes,* et aussi des *objets* compris dans la donation, on en a conclu, et avec raison, que ces libéralités exceptionnelles ne peuvent avoir lieu qu'à

(1) Ainsi, il ne pourrait faire ultérieurement, au préjudice du donataire, une donation de biens présents, même par contrat de mariage. Lyon, 28 janv. 1855 (Dev., 55, II, 742; Dall., 56, II, 46). *Voy.* Cass., 26 mars 1845 (Dev., 47, I, 120; Dall., 46, I, 374).

titre particulier, et jamais pour une quote-part de l'universalité du patrimoine, si faible que soit cette quote-part (Cass., 23 fév. 1818).

293. C'est un point controversé que de savoir si le donateur de biens à venir pourrait, dans sa disposition, rendre plus sévère la prohibition dont le frappe la loi, en s'interdisant lui-même, par une clause formelle, le droit d'hypothéquer ou d'aliéner à titre onéreux les biens dont le Code ne lui enlève que la disposition gratuite. M. Duranton (n° 713) décide que la clause serait nulle comme formant un pacte sur une succession future, fait en dehors de l'exception admise par notre article. M. Coin-Delisle, au contraire, pense (n° 3) qu'on devrait regarder cette clause comme ne portant que sur les biens présents; en sorte qu'elle constituerait la donation cumulative de biens présents et à venir permise par l'article suivant.

Cette dernière idée devra être suivie toutes les fois qu'il sera possible de croire que le donateur n'a entendu s'interdire le droit de disposition que pour les biens présents. Mais si la clause porte évidemment sur les biens futurs comme sur les biens présents; si le disposant a formellement déclaré donner tous ses biens présents et à venir, en renonçant à en aliéner jamais aucun, il est bien clair que la clause ne pourrait rentrer dans aucun de nos articles, et qu'elle tomberait sous le principe de nullité de l'art. 1130. C'est par cette distinction qu'il faut résoudre la question que M. Duranton et M. Coin-Delisle ont tort de décider d'une manière absolue (1).

1084. — La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation; auquel cas, il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur.

1085. — Si l'état dont est mention au précédent article n'a point été annexé à l'acte contenant donation des biens présents et à venir, le donataire sera obligé d'accepter ou de répudier cette donation pour le tout. En cas d'acceptation, il ne pourra réclamer que les biens qui se trouveront existants au jour du décès du donateur, et il sera soumis au payement de toutes les dettes et charges de la succession.

SOMMAIRE.

I. Donation cumulative des biens présents et à venir. — C'est une donation de biens à venir que le donataire peut transformer, au décès du donateur, en donation de biens présents.

---

(1) On ne peut renoncer durant la vie du donateur au bénéfice de la donation, alors même que cette renonciation est faite dans le but de rendre efficace la donation que le donateur et le donataire font au profit de leurs enfants. Agen, 17 déc. 1856 (Dev., 57, II, 1; *J. Pal.*, 58, 85). *Conf.* Massé et Vergé (III, § 517, n° 29). *Contrà:* Aubry et Rau (VI, § 739, p. 264).

II. Effets de cette espèce de libéralité. — Le donataire n'est jamais saisi au jour de la donation.

III. La disposition ne peut se transformer en donation des biens présents qu'au moyen d'un état des dettes présentes, et elle ne peut frapper comme telle sur les meubles qu'au moyen d'un état du mobilier. — Observations quant aux dettes.

IV. Les enfants du mariage, en cas de prédécès de l'époux donataire, viennent à la donation *proprio jure* et sans se porter héritiers de l'époux, même quant aux biens présents.

I. — 294. La disposition dont parlent ces deux articles (disposition imaginée autrefois dans nos pays coutumiers, et consacrée par l'ordonnance de 1731 (1), où l'ont prise nos rédacteurs) n'est ni une donation de biens présents, ni une simple donation de biens à venir, ni une réunion de ces deux donations ; c'est, comme le dit la loi, une donation cumulative des biens présents et à venir ; c'est une donation unique, mais ayant cependant pour objet tout à la fois les biens actuels en tant que biens présents (comme dans les donations ordinaires), et les biens considérés en tant qu'ils existeront encore au décès (comme dans l'art. 1082).

En effet, ce qui distingue cette donation de biens présents et à venir de la donation pure de biens à venir, c'est, d'après la dernière partie de notre art. 1084, que le donataire a le choix, lors du décès du donateur, ou de prendre l'ensemble des biens restant au décès comme s'il s'agissait d'une pure donation de biens à venir, ou de réclamer seulement les biens qui existaient au moment du contrat en abandonnant le reste de la succession, comme il le ferait en vertu d'une donation ordinaire de biens présents.

Il résulte donc de cet art. 1084 que la disposition appelée *donation cumulative de biens présents et à venir* se trouve être une *donation de biens à venir* contenant faculté pour le donataire de la transformer, au décès du donateur, en une *donation ordinaire des biens qui existaient au jour du contrat*. — Ce principe suffit pour faire comprendre à qui cette donation peut être faite et quels devront être ses effets.

II. — 295. C'est une donation des biens à venir. Donc, elle peut se faire non-seulement à l'un des époux ou à tous deux, mais encore aux enfants et descendants à provenir du mariage ; et elle est même présumée de plein droit faite au profit de ces descendants, pour le cas de survie du donateur aux époux donataires, si ce donateur n'a exprimé le contraire (art. 1082). On en voit la preuve dans l'art. 1089, qui met cette donation au rang de celles qui ne deviennent caduques que par la survie du donateur aux époux et *à leur postérité*. On la trouve encore dans l'art. 1093, qui déclare que cette donation, comme celle des biens à venir, cesse d'être extensible aux enfants quand elle est faite par les époux l'un à l'autre.

C'est une donation de biens à venir ; et quand le donataire, au décès du donateur, l'accepte en entier, elle demeure donation de biens à ve-

(1) Voir les art. 17 et 18 rapportés sous nos articles au *Code Tripier*.

nir. Donc, dans ce cas, le donataire est tenu de respecter les aliénations quelconques que le donateur a pu faire à titre onéreux, et de se contenter de ce qui reste des biens; il ne peut critiquer que les aliénations gratuites autres que celles qui auraient pour objet des choses particulières et d'une valeur modique (art. 1083). Au contraire, la disposition se transforme en donation ordinaire de biens présents, quand le donataire, au décès du disposant, déclare s'en tenir à ces biens présents. Donc, le donataire pourra, dans ce cas, critiquer les aliénations, même à titre onéreux, que le donateur aurait faites de ces biens présents, c'est-à-dire des biens qui existaient au moment où la donation s'est faite; mais pourvu, bien entendu, qu'il ait eu soin de faire transcrire sa donation. Car la nécessité de la transcription est une conséquence de ce que sa donation est alors donation de biens présents (art. 939 et suiv.).

296. Il est évident, au surplus, que, dans aucun cas, le donataire ne peut se prétendre saisi des biens présents dès le jour de la donation et du vivant du donateur, puisque la disposition n'est pas actuellement donation de biens présents, mais peut seulement le devenir par la renonciation que le donataire fera plus tard au reste des biens, s'il le juge à propos (1). C'est seulement par cette renonciation que la disposition se transforme en donation de biens présents; or, cette renonciation ne peut se faire qu'après le décès du disposant. En d'autres termes, s'il est vrai que la disposition contient virtuellement et conditionnellement une donation de biens présents, il est évident que cette donation n'existe que sous la condition (suspensive) que le donataire renoncera au surplus des biens après la mort du disposant; elle ne peut donc produire aucun effet tant que cette condition n'est pas accomplie. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le donateur, comme il en a bien le droit, eût fait deux donations distinctes : l'une des biens présents, l'autre des biens à venir; mais ce ne serait plus le cas de notre article, et quoique le tout fût fait par un seul acte, il y aurait là deux donations (dont chacune serait soumise séparément aux règles qui lui sont propres), et non pas la donation unique et toute spéciale que le Code permet de faire cumulativement des biens présents et à venir (2).

Delvincourt et Grenier (n° 434) sont donc tombés dans l'erreur, quand ils ont dit que la disposition de notre article contenait en quelque sorte deux donations, dont l'une saisit immédiatement le donataire quant aux biens présents; en sorte qu'il peut en disposer dès à présent, et qu'il les transmet à ses héritiers s'il meurt avant le donateur. On vient de voir qu'il n'y a qu'une seule donation, et que, si cette donation se trouve définitivement être une donation de biens présents, ce

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Donat. par contr. de mar., n°s 49 et suiv.).

(2) Les biens compris dans une donation de biens présents et à venir peuvent, du vivant même du donateur, faire l'objet d'une donation entre-vifs pour le cas où le prédécès de ce même donataire rendrait sans effet la donation de biens présents et à venir. Cass., 29 nov. 1858 (Dev., 59, I, 573; Dall., 59, I, 132).

n'est que plus tard, par l'accomplissement de la condition qui en suspendait l'effet, c'est-à-dire par la renonciation du donataire au surplus des biens du donateur. Aussi Grenier a-t-il rétracté cette doctrine de sa première édition (1).

III. — 297. Mais pour que celui à qui on a donné simultanément les biens présents et les biens à venir (soit pour le tout, soit pour une quote-part seulement) puisse transformer la libéralité en donation ordinaire des biens présents, il faut qu'on ait inséré dans l'acte, ou annexé à cet acte, un état des dettes dont le donateur était grevé au moment où il faisait la donation, afin que ce donataire ne prenne les biens existant au jour de cette donation qu'en payant les dettes qui grevaient ces biens. Si cet état n'existe pas, la disposition, d'après notre article 1085, demeurera simple donation de biens à venir et devra être acceptée ou répudiée pour le tout (2).

De plus, le donataire qui veut assurer son droit éventuel de prendre plus tard les biens présents, et qui ne veut rien perdre de ces biens présents, ne doit pas se contenter de faire rédiger cet acte des dettes, il doit faire dresser aussi un état des biens meubles. Car, à défaut de cet état, la donation ne pourrait valoir (en tant que donation de biens présents) que pour les immeubles; elle serait nulle pour les meubles, aux termes de l'art. 948, et ce ne serait qu'en acceptant la libéralité pour le tout, c'est-à-dire comme simple donation de biens à venir, que le donataire aurait droit aux meubles.

298. L'état exigé par notre article prouve bien que, dans la pensée de la loi, toute donation universelle ou à titre universel oblige de plein droit le donataire à payer les dettes en proportion des biens qu'il prend. C'est évident, puisque le Code ne permet jamais au donataire de s'en tenir aux biens présents qu'au moyen de l'état des dettes présentes, sans distinguer s'il existe ou non une clause formelle qui le soumette à ces dettes.

Nos articles suffiraient donc pour renverser la théorie de Toullier (V, 817) et de M. Coin-Delisle (art. 945, n[os] 7 à 12), qui prétendent que la donation, même universelle, de biens présents, n'oblige jamais de plein droit au payement des dettes du donateur. Ils disent que la loi est muette sur ce point. Mais cette règle, d'abord, ne résulte-t-elle pas assez de la nature même des choses? Quand je vous donne immédiatement toute ma fortune, tous mes biens, n'est-il pas clair que cela signifie *tout mon actif moins mon passif?* La fortune d'une personne, c'est ce qui reste après la déduction de ses dettes : *non sunt bona nisi deducto œre alieno.* Et maintenant cette règle de raison ne ressort-elle pas de nos art. 1084 et 1085?... Cette pensée de la loi a d'ailleurs

---

(1) *Conf.* Troplong (IV, n[os] 2400 et suiv.); Massé et Vergé (III, § 518 et note 7); Aubry et Rau (VI, § 740, p. 276, note 3).

(2) L'état des dettes et charges du donateur doit, à peine de nullité, comprendre le solde d'un compte courant existant au débit du donateur au jour de la donation, encore bien qu'à cette époque le compte courant ne soit pas arrêté. Montpellier, 7 déc. 1860 (Dev., 61, II, 470; Dall., 61, II, 180); Cass., 13 nov. 1861 (Dev., 62, I, 62).

été formellement proclamée au Tribunat (Fenet, t. XII, p. 599) (1).

299. Il va sans dire, au surplus, que le donataire (soit qu'il s'en tienne aux biens présents, soit qu'il prenne, comme biens à venir, l'objet entier de la libéralité) ne paye les dettes (du jour de la donation dans le premier cas, du jour du décès dans le second) qu'en proportion de ce qu'il prend de biens; s'il n'a qu'un quart ou un tiers des biens, il paye un quart ou un tiers des dettes; il les payera en entier, s'il prend tous les biens. Mais, bien entendu, il ne payera ces dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens et non *ultra vires,* puisqu'il est dans tous les cas simple donataire, jamais continuateur de la personne.

Le donataire étant ainsi tenu des dettes, les créanciers du défunt pourront donc exercer leurs poursuites contre lui. Mais ils seront libres aussi de ne s'adresser qu'aux héritiers du donateur, car celui-ci n'a pas pu les forcer d'accepter le donataire pour débiteur à sa place; les héritiers seraient donc tenus de payer, sauf, bien entendu, leur recours contre le donataire.

300. Une autre observation qu'il importe de présenter ici, et dont on comprend facilement la justesse, c'est que le donataire des biens présents et à venir ne pouvant s'en tenir aux biens présents qu'à la condition de payer les dettes de ces biens, et la donation ne lui ayant été faite, d'après la nature même des choses, que de l'actif, moins le passif, il s'ensuit que, si le disposant avait acquitté avant de mourir tout ou partie des dettes qu'il avait au jour de la disposition, et qui sont indiquées par l'état, c'est pour le compte du donataire que le donateur se trouverait avoir payé, et ce donataire ne pourrait prendre les biens présents qu'en tenant compte à la succession des sommes qui auraient été payées.

IV. — 301. Un dernier point nous reste à examiner sur cette donation de biens présents et à venir. C'est de savoir si, en cas de décès de l'époux donataire avant le donateur, les enfants du mariage (en supposant, bien entendu, qu'ils ne soient pas formellement exclus) peuvent, à la mort du donateur, opérer la transformation de la disposition en donation de biens présents en venant de leur chef et pour leur profit exclusif, ou s'ils ne le peuvent qu'en se portant héritiers de l'époux prédécédé, en prenant la donation de biens présents comme faisant partie de l'hérédité du défunt, et en la partageant dès lors avec les autres héritiers que cet époux pourrait laisser (des enfants d'un autre lit), ou avec des légataires universels ou à titre universel.

Voici ce qu'on peut dire pour soutenir cette dernière idée :

Quand les enfants déclarent s'en tenir aux biens qui existaient au jour de la disposition, cette disposition devient ainsi donation ordinaire de biens présents, et elle se trouve dès lors (par l'effet rétroactif de la condition dont elle dépendait) avoir saisi immédiatement le donataire le jour même de la confection de l'acte. Mais s'il en est ainsi, c'est donc ce donataire du jour de l'acte, c'est-à-dire l'époux aujourd'hui prédé-

(1) Voir au t. VI notre commentaire de l'art. 1626, n° VII.

cédé, qui a été saisi ; c'est lui qui se trouve avoir été dès l'origine le propriétaire des biens donnés. C'est précisément parce que, du jour même de la donation, le donataire primitif a été propriétaire, que le donateur n'a pu consentir ensuite aucune aliénation, même à titre onéreux. Mais, puisque l'époux aujourd'hui mort se trouve avoir été le propriétaire des biens, ces biens font donc partie de sa succession ; et, par conséquent, les enfants du mariage ne peuvent les prendre qu'en acceptant cette succession, et ils doivent les partager avec ses autres successeurs, s'il en a.

302. Si spécieuse que soit cette théorie, elle n'est pas celle du législateur.

La loi, en consacrant implicitement cette idée que la donation de biens présents et à venir devient donation de biens présents par l'option du donataire, a nécessairement entendu mettre cette règle en harmonie avec les autres règles de cette espèce de libéralité ; ce principe ne doit pas absorber les autres principes de la matière, mais se combiner avec eux... Or, du moment que les descendants du mariage sont faits donataires pour le cas du prédécès de l'époux, c'est donc à ce titre de donataires et par leur droit propre qu'ils doivent recueillir les biens. Puisque le droit, même quant aux biens présents, ne peut jamais s'ouvrir que par la mort du donateur ; puisque la libéralité n'est offerte qu'au donataire survivant à ce donateur et reste caduque pour tout autre, la propriété n'a donc pas pu appartenir, même rétroactivement, à l'époux prédécédé, que son prédécès rend étranger à la disposition... Sans doute, il faut reconnaître que, dans la théorie de la loi et par l'effet de l'option du donataire pour les biens présents, le donataire a été, depuis le jour même de la donation, dans l'impossibilité d'aliéner ces biens présents. Mais il n'est pas indispensable, pour expliquer cet effet, d'admettre qu'à partir de ce jour la propriété des biens s'est retirée du donateur pour passer sur la tête du donataire ; il suffit de dire que ce donateur, tout en restant propriétaire jusqu'à son décès, a été soumis à l'obligation légale de conserver les biens au donataire qui lui survivrait, à la défense absolue d'aliéner, comme l'est un grevé de restitution, comme l'est un donateur de biens à venir pour les aliénations gratuites.

Donc c'est comme donataires et *proprio jure,* nullement comme héritiers de l'époux, que les enfants du mariage viendront, en cas de prédécès de cet époux, recueillir la libéralité, même en tant que donation de biens présents (1).

1086. — La donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage, pourra encore être faite, à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, par quelque personne que la donation soit

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Donat. par contr. de mar., n° 43).

faite : le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la donation; et en cas que le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation, et appartiendront au donataire ou à ses héritiers.

SOMMAIRE.

I. Dérogation, déjà annoncée par l'art. 947, à la règle *donner et retenir ne vaut.*
II. Le rapprochement de cet article avec les art. 1081 et 1089 fait naître deux graves difficultés.
III. Solution de la première difficulté. L'article s'applique aux donations de biens présents comme aux autres, et ces donations peuvent, dans les cas qu'il prévoit, s'étendre aux enfants à naître.
IV. Solution de la deuxième difficulté. Les mots *ou à ses héritiers* doivent être maintenus dans l'article, au moyen d'une distinction qu'il faut sous-entendre dans l'art. 1089.
V. Différence entre la réserve du droit de disposer d'un objet et la réserve ou rétention de l'objet lui-même. Erreur de M. Vazeille.

I.—303. Cet article, par faveur pour le contrat de mariage, affranchit les donations qu'on y fait de la règle, si rigoureuse pour les donations ordinaires, *donner et retenir ne vaut.* En principe, une donation est nulle quand le donateur stipule, en la faisant, un moyen quelconque de la rendre sans effet. Ici, au contraire, une pareille stipulation ne nuira pas à la validité de la disposition; et, malgré le moyen que le disposant avait de la rendre sans effet, elle s'exécutera s'il n'a pas usé de ce moyen.

Ainsi, quoique le donateur ait soumis son donataire à exécuter des charges que lui donateur est libre de créer ou d'augmenter; à payer, par exemple, toutes les dettes qu'il pourra faire, la donation, nulle dans toute autre circonstance (art. 945), sera valable ici; et le donataire prendra les biens, en acquittant les charges, bien entendu. Seulement, comme le disposant pourrait créer des charges dont l'importance dépasserait celle des biens, notre article réserve au donataire le droit de s'en affranchir en renonçant à la disposition.

Ainsi encore, quoique toute donation soumise à une condition dépendant de la volonté du donateur soit complétement nulle ordinairement (art. 944), elle produira ici son effet si la condition s'accomplit. Mais on a vu (art. 944, n° I) qu'il ne faut pas confondre la condition dépendant de la volonté d'une personne avec celle qui gît dans son caprice et sa fantaisie, et dont parle l'art. 1174. Je puis bien, dans votre contrat de mariage, vous donner sous l'une de ces conditions : « Si je me marie cette année; Si je fais faire cette construction; Si je vous retire la place que vous occupez chez moi... »; mais je ferais un acte évidemment nul en vous donnant sous une de ces conditions : « Si cela me convient; Si je le veux; Si je m'y décide; Si je ne change pas d'idée d'ici à un an. » Dans ce second cas, ce n'est pas seulement en tant que dona-

tion, comme violant le principe *donner et retenir ne vaut,* et d'après l'art. 944, qu'un acte serait nul; ce serait d'après l'art. 1174, pour défaut absolu de lien, et par application d'une règle qui porte aussi bien sur les actes onéreux que sur les donations. Notre article fait exception à l'art. 944, et non à l'art. 1174; car il n'y a pas d'exception possible à la règle de ce dernier.

Enfin, quoique la faculté que se réserve un donateur de disposer ultérieurement de l'objet qu'il donne rende partout sa donation nulle, en sorte que cet objet, quand le donataire meurt sans en avoir disposé, appartient aux héritiers légitimes de ce donateur et non au donataire (art. 946), ici cette réserve ne nuira pas à la donation. Si donc le donateur meurt sans avoir retiré l'objet, cet objet restera la propriété du donataire, ou de ses héritiers si ce donataire est mort avant le donateur.

Cette dérogation aux art. 944, 945, 946, comme celle que les articles 1082-1084 apportent à l'art. 944, nous avait été annoncée déjà par l'art. 947.

II. — 304. Les premiers mots de notre article, et les derniers à leur tour, font naître deux difficultés sur la solution desquelles les interprètes ne sont pas d'accord.

1° L'article semble dire d'abord que les dérogations qu'il autorise à la règle *donner et retenir ne vaut* ne sont permises que pour les donations faites *aux époux et aux enfants à naître*. Or, l'art. 1081 déclare que la donation de biens présents ne peut avoir lieu, même en contrat de mariage, au profit des enfants à naître; d'où il paraîtrait résulter que la faveur accordée par notre article ne s'applique pas à ces donations de biens présents. Mais, d'un autre côté, l'article parle d'un donateur qui se réserve de disposer d'un effet compris dans une donation *de ces biens présents*... Comment expliquer cette contradiction? — 2° La fin de l'article dit que si le donateur meurt sans avoir disposé de l'effet réservé, cet effet restera au donataire *ou à ses héritiers;* c'est dire que ces héritiers, quels qu'ils soient (ascendants ou collatéraux, aussi bien que des descendants), garderont l'effet, si ce sont eux qui l'ont au décès du disposant, si, en d'autres termes, le donataire est déjà mort lors du décès du disposant. Mais comment expliquer que des héritiers ascendants ou collatéraux du donataire puissent avoir le bien malgré la survie du donateur à ce donataire, quand l'art. 1089 déclare que cette survie rend caduques les donations dont parle notre art. 1084?...

III. — 305. La première difficulté s'explique, selon nous, assez facilement.

Notre article nous dit que — « la donation par contrat de mariage en faveur des époux et des enfants à naître pourra encore être faite, sous des conditions dépendant de la volonté du donateur »; — or, on n'a pas voulu dire seulement par là que — « la donation, quand elle s'adresse aux époux et aux enfants à naître, pourra se faire sous des conditions dépendant... » — mais aussi que — « la donation exten-

sible des époux à leurs enfants à naître peut avoir lieu, quand on la fait sous des conditions dépendant... » En d'autres termes, le but de cette première partie de l'article n'est pas de nous apprendre seulement que la donation peut se faire sous telles conditions, quand elle s'étend aux enfants; mais aussi qu'on peut l'étendre aux enfants quand elle est faite sous ces conditions. Ce qui prouve bien cette vérité, c'est que l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, auquel la disposition de notre art. 1086 a été empruntée, était rédigé ainsi : — « Entendons que *les donations de biens présents, faites à condition* de payer indistinctement les dettes et charges... ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait... *puissent avoir lieu,* dans les contrats de mariage, *en faveur des conjoints et de leurs descendants,* par quelques personnes... » (Le reste comme dans notre article.) En comparant l'article de l'ordonnance avec le nôtre, on reconnaît que celui-ci est entièrement copié sur l'autre, sauf qu'on a voulu exprimer la première partie plus brièvement; or, on vient de voir que cette première partie déclarait que *les donations* DE BIENS PRÉSENTS, faites sous des conditions potestatives pour le donateur, *pourraient avoir lieu en faveur des conjoints et de leurs descendants* (1).

306. Les art. 1081, 1082, 1084 et 1086 se résument donc à ceci : En principe, la donation entre-vifs ne peut pas se faire au profit d'une personne non encore conçue (art. 906), et, par conséquent, la donation faite à des époux par leur contrat de mariage ne peut pas s'étendre à leurs enfants à naître (1081); mais cette donation pouvant avoir pour objet les biens à venir (art. 1082), ou les biens présents et à venir (1084), ou dépendre de conditions potestatives pour le donateur (art. 1086), elle pourra dans ces trois cas être faite pour les enfants à naître du mariage, en même temps que pour les époux eux-mêmes.

Ainsi, quand la donation de biens présents est faite purement et simplement, ou que la condition à laquelle elle est soumise est indépendante de la volonté du donateur, c'est le cas de l'art. 1081 et la donation ne peut être faite qu'aux époux. Si, au contraire, la donation est faite sous une condition dépendant de la volonté du disposant, c'est le cas de notre article et la disposition peut embrasser les descendants du mariage; on doit même dire, par analogie de l'art. 1084, qu'elle les embrasse de plein droit, si le contraire n'est pas exprimé. — Et en effet, quand la donation de biens présents se trouve suspendue par une condition potestative pour le donateur, celui-ci est donc libre de ne pas lui donner effet; en sorte que, cette donation pouvant rester ainsi incertaine jusqu'à la mort de son auteur, elle se rapproche, sous ce rapport, de la donation de biens à venir, et c'est sans doute pour cela que la loi a permis d'y appeler les enfants pour le cas où les époux donataires meurent avant le donateur et avant d'avoir recueilli la libéralité. Nous ne parlons que des conditions suspendant la donation, des conditions suspensives; car, dans le cas de conditions résolutoires, il

(1) Voir l'art. 18 de cette ordonnance dans le *Code Tripier* (art. 1086).

est clair qu'il n'y aurait pas à appeler les enfants pour recueillir à la place de l'époux prédécédé, puisque le prédécès de cet époux (ainsi qu'on le verra par le numéro suivant et par l'art. 1089) ne rendrait pas la donation caduque, mais ferait passer l'objet aux héritiers quelconques du donataire.

IV. — 307. La seconde difficulté a paru plus grande encore, et la plupart des interprètes la regardent comme une espèce de nœud gordien qu'il faut renoncer à délier, et qu'ils tranchent en disant que les mots *ou à ses héritiers* n'ont été copiés que par erreur dans l'art. 18 de l'ordonnance, et qu'on n'en doit tenir aucun compte. — Nous ne saurions nous ranger à cette idée; et loin de nous paraître inexplicables, ces mots ne sont à nos yeux que l'expression d'une règle parfaitement conforme aux principes.

Nous verrons, en expliquant l'art. 1089, que la caducité dont il parle n'atteint pas toutes les donations que permet notre article... Les conditions, potestatives pour le disposant, que la loi autorise ici seront tantôt suspensives et tantôt résolutoires. Or, nous verrons que si la caducité est possible dans le cas des premières (parce que l'effet de la donation étant alors suspendu, le donataire peut mourir avant que cet effet soit produit, avant que le droit soit ouvert), elle est impossible en présence des secondes (puisque celles-ci n'empêchent pas, mais supposent, au contraire, l'effet immédiat de la donation et l'ouverture actuelle du droit). En attendant que ce point soit traité avec le développement nécessaire sous l'art. 1089, prenons dès à présent pour exemple le cas dont s'occupe la seconde partie de notre article, et qui fait naître la difficulté que nous avons à résoudre.

308. Je puis vous donner ma maison (soit seule, soit avec d'autres biens) en déclarant qu'elle ne sera vôtre que si je meurs sans en avoir autrement disposé. Dans ce cas, qui n'est pas celui que prévoit la seconde partie de notre article, la donation de la maison est faite sous condition suspensive; c'est vraiment la donation qui est conditionnelle : *je vous donne, si...* En pareil cas, si je meurs sans avoir autrement disposé, la donation se réalisera; si, au contraire, je dispose de la maison, il n'y aura jamais eu de donation. Et puisque c'est ma mort qui doit ouvrir le droit de vous en saisir, il s'ensuit que, si vous mourez avant moi, vous mourez sans avoir rien recueilli, et dès lors sans rien transmettre à vos héritiers : la donation est caduque.

Je puis, à l'inverse, vous donner la maison pour qu'elle soit vôtre à l'instant même, mais en déclarant qu'elle cessera de vous appartenir si j'en dispose autrement plus tard. C'est là le cas de notre article et de l'art. 18 de l'ordonnance, qui parlent d'un donateur *se réservant* de disposer d'un effet *compris dans la donation*. Ici, la donation est sous condition résolutoire; c'est, comme le disait très-bien Furgole, une donation pure et simple soumise à une résolution conditionnelle : *donatio pura, quæ sub conditione resolvi potest*. Ici, vous avez immédiatement la propriété (résoluble, bien entendu); et votre décès ferait passer cette propriété résoluble à vos représentants. Si donc je viens à

mourir sans avoir disposé de la maison, mon décès en assurera la propriété irrévocable soit à vous, si vous êtes encore vivant, soit *à vos héritiers,* si vous êtes prédécédé.

Tout ceci, du reste, sera mieux compris par l'explication de l'article 1089.

V. — 309. Il est évident, au surplus, quoi que dise M. Vazeille (n° 4), qu'il y a une grande différence entre la réserve du *droit de disposer* plus tard d'un objet faisant partie de la donation, et la réserve de l'objet lui-même. Quand je vous donne mes immeubles en me réservant de disposer de l'un d'eux, ma ferme de Normandie, cette ferme est comprise dans la donation : elle en sortira si j'en dispose; elle y restera si je n'en dispose pas. Mais quand je vous donne tous mes immeubles *en me réservant ma ferme,* il est clair que la ferme n'est pas donnée, que la donation porte sur les immeubles à l'exception de la ferme; et que, quand même je mourrais sans avoir disposé de cette ferme, elle ne vous appartiendra nullement, mais restera dans ma succession. Sans doute, les termes d'une donation pourront être ambigus : ainsi, quand le donateur a dit : « Je me réserve 24 000 francs pour en disposer comme bon me semblera », il pourra être embarrassant de savoir, en fait, s'il s'est seulement réservé le droit de disposer de la somme, ou s'il entendait retenir cette somme à tout événement, n'indiquant l'idée de disposition nouvelle que comme *motif* de la rétention, et non comme condition d'une reprise future : ce serait là un point de fait, une question d'intention appréciable d'après les circonstances. Mais décider en droit, et comme principe, que la réserve de la faculté de disposer d'une chose et la réserve ou rétention de la chose sont tout un, c'est nier l'évidence (1).

1087. — Les donations faites par contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation.

310. Les donations faites à des futurs époux dans leur contrat de mariage étant vues avec faveur, on ne pouvait pas les laisser soumises à la disposition si sévère, disons mieux, si haineuse, de l'art. 932, qui exige à peine de nullité une acceptation *en termes exprès*. Le concours du donateur et du donataire dans l'acte suffira ici, comme dans les contrats à titre onéreux, pour manifester l'accord des volontés; et le défaut d'une déclaration spéciale et formelle à cet égard ne sera plus un motif, ou plutôt, comme notre article le dit exactement, ne sera plus *un prétexte* pour annuler la donation.

1088. — Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas.

---

(1) Furgole (art. 18 de l'ord.); Grenier (n° 440); Delvincourt, Toullier (V, 827); Duranton (IX, 741); Bordeaux, 19 janv. 1827. Voy. *Dict. not.* (v° Donat. par contr. de mar., § 5).

311. La donation faite en faveur d'un mariage est nécessairement soumise à la condition que ce mariage se réalisera; si donc cette condition ne s'accomplit pas, il n'y a pas de donation.

1089. — Les donations faites à l'un des époux, dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité.

SOMMAIRE.

I. Rédaction vicieuse de l'article.
II. La caducité n'atteint pas toutes les donations prévues par l'art. 1086.
III. Dans le doute, ce ne serait pas aux représentants du donateur de prouver sa survie, mais à leurs adversaires d'établir son prédécès.

I. — 312. La rédaction négligée et trop peu explicite de cette disposition laisse sous-entendues trois idées qu'il faut y ajouter. Ainsi : 1° l'article a tort de ne parler que des donations faites *à l'un des époux,* puisqu'il s'agit évidemment de celles qui s'adressent soit aux époux, soit à l'un d'eux (art. 1082); 2° il est également trop laconique, quand il soumet en termes absolus la caducité de la donation au prédécès de *la postérité* du donataire; car, d'abord, il ne peut pas être question de toute la postérité, mais seulement de celle qui est issue du mariage en faveur duquel la donation s'est faite, comme le prouvent les art. 1082 et 1093 ; et ensuite la caducité a même lieu malgré l'existence d'une postérité issue du mariage, quand cette postérité a été formellement exclue du bénéfice de la disposition (art. 1082, n° II); 3° enfin, il est de même trop absolu quand il parle généralement des donations faites dans les termes des art. 1082 , 1084 et 1086, car il en est quelques-unes pour lesquelles la caducité se trouve impossible par la force même des choses. — Nous devons insister sur cette dernière proposition, quoiqu'elle ait reçu déjà quelque développement sur l'article 1086, n° IV.

II. — 313. Il n'y a de disposition caduque que celle qui avorte, qui se trouve mort-née, qui tombe et s'anéantit avant d'avoir pu produire son effet. Donc, toute libéralité étant exclusivement personnelle à celui où à ceux à qui on l'adresse, et ne pouvant se transmettre aux représentants du bénéficiaire qu'autant que celui-ci l'a recueillie, il est clair qu'il y aura caducité toutes les fois que celui-ci mourra avant d'avoir été saisi du droit : c'est sur ce principe que se fonde la caducité prononcée par notre article. Mais il est évident que la mort du bénéficiaire ne produira plus la caducité, mais, au contraire, la transmission du droit à ses représentants, lorsque ce droit se sera ouvert pour lui, et qu'il sera mort saisi et investi du bénéfice.

Ceci posé, il est facile de comprendre que la survie du donateur au donataire (ou aux donataires) produira la caducité toujours pour les donations prévues par les art. 1082 et 1084 ; mais qu'au contraire elle ne la produira que quelquefois, pour les donations de l'art. 1086.

314. La formule des donations de l'art. 1082 est celle-ci : « Je donne

à vous seulement, ou bien à vous et aussi (pour le cas où vous décéderiez avant moi) à la descendance qui proviendra de votre mariage, les biens que je laisserai en mourant, ou telle fraction de ces biens, ou tel objet, s'il se trouve encore dans mon patrimoine quand je mourrai, ou bien enfin telle somme à prendre à la même époque sur ma succession. » Telle est la donation des biens à venir, laquelle confère, non pas un droit actuel, mais une simple espérance, un droit éventuel, qui ne se réalisera, ne s'ouvrira et ne pourra saisir le donataire que par le décès du disposant. Cela étant, il est bien évident que si la mort du donataire unique (quand on a exclu la descendance provenant au mariage, ou quand il n'en existe pas), ou la mort des divers donataires, arrive avant le décès du donateur, avant que les bénéficiaires dès lors aient été saisis, avant que le droit se soit ouvert, il est évident que la disposition est caduque. — Maintenant, dans l'art. 1084, la disposition n'est encore au fond, et sauf une transformation qui n'est possible qu'après le décès du disposant, qu'une donation de biens à venir; et, par conséquent, le résultat est le même. Sans doute, le donataire a le droit de changer la disposition en une donation de biens présents; et c'est cette faculté qui distingue cette donation de la donation de biens à venir pure. Mais cette faculté de transformation ne pouvant être exercée que *par le donataire* et *après la mort du donateur,* il est bien clair que, quand ce donataire n'existe plus au moment où le donateur meurt, la transformation reste impossible; la disposition se trouve donc n'être et n'avoir toujours été qu'une donation de biens à venir rentrant dans l'art. 1082 et restant pour le tout soumise à ce qui vient d'être dit.

315. Ainsi, pour les donations des art. 1082 et 1084, la caducité aura lieu toujours et dans tous les cas possibles; mais il en est autrement pour celles de l'art. 1086. En effet, les conditions potestatives que cet article autorise seront tantôt suspensives et tantôt résolutoires; or, la caducité ne sera pas possible dans le cas de conditions résolutoires. Quand je vous donne ma maison en déclarant que la donation sera non avenue si je viens à me marier, vous êtes à l'instant même saisi de la propriété de la maison (seulement cette propriété est résoluble), c'est immédiatement que votre droit s'ouvre, que la donation produit son effet, et vous restez propriétaire tant que je ne me marie pas. Donc, si vous venez à mourir, la maison, quoique je sois encore vivant, dès là que je ne suis pas marié, fait partie de votre patrimoine, entre dans votre succession et passe à vos héritiers : on ne peut pas parler de caducité, de donation qui avorte et ne produit pas son effet, puisque cet effet est produit depuis longtemps, et doit continuer tant qu'il ne se résoudra pas par l'accomplissement de la condition.

Ainsi déjà, la caducité est impossible quand il s'agit d'une condition résolutoire, et elle ne peut se présenter que dans le cas de condition suspensive. Quand je vous donne ma maison pour qu'elle devienne vôtre si je me marie, alors vous n'avez, quant à présent, aucun droit, ma donation ne produit immédiatement aucun effet; c'est seulement

si je me marie que le droit s'ouvrira, et que l'effet viendra se produire. Donc, si vous venez à mourir avant que je me marie, vous n'avez aucun droit à transmettre à vos héritiers; et le droit qui ne s'est pas ouvert pour vous, ne pouvant pas s'ouvrir pour un autre (puisque la libéralité, comme on l'a dit, est exclusivement personnelle au donataire), l'effet qui ne s'est pas encore produit ne peut plus se produire désormais; la donation est caduque. Mais pour que la caducité, toujours impossible en cas de condition résolutoire, se réalise par le prédécès du donataire en cas de condition suspensive, il faut encore, ainsi qu'on l'a pu remarquer dans ce que nous venons de dire, que ce prédécès arrive avant l'accomplissement de cette condition. Si, après vous avoir donné ma maison pour qu'elle ne devienne vôtre que par mon mariage, je me suis en effet marié alors que vous viviez encore, il est clair que de ce moment votre droit s'est ouvert, la donation a produit son effet, vous êtes devenu propriétaire irrévocable de la maison, et votre décès, alors même qu'il arriverait avant le mien, produira, non plus la caducité de la disposition, mais la transmission à vos représentants quelconques du droit qui se trouvait définitivement dans votre patrimoine.

316. Cette théorie générale s'applique en particulier au cas où le donateur s'est réservé le droit de disposer d'un objet qu'il donne. Si le donateur, au lieu de donner actuellement l'objet en se réservant de résoudre la donation par une disposition postérieure, ne le donnait que sous la condition qu'il n'en disposera pas; s'il disait au donataire : « Cet objet sera vôtre si je meurs sans en avoir disposé », alors il y aurait donation sous condition suspensive; et, par conséquent, si, au moment où le donateur meurt sans avoir disposé, au moment dès lors où doit s'ouvrir le droit du donataire, ce donataire était lui-même prédécédé, la donation serait caduque et l'objet resterait aux héritiers du donateur : il faudrait que le donataire (ou l'un des donataires, si plusieurs ont été appelés) fût encore vivant, pour que la donation produisît effet. Mais quand il s'agit vraiment d'une *réserve* de disposer d'un objet actuellement donné; quand on a dit : « Je vous donne cette maison, mais la donation sera résolue si j'en dispose autrement plus tard », la donation est alors sous condition résolutoire, le donataire est saisi à l'instant, et la propriété (résoluble) lui appartient immédiatement. Donc, dans ce cas, la mort du donataire transmettrait la propriété à ses héritiers; et dès là que le donateur meurt sans avoir fait une nouvelle disposition, sans avoir accompli la condition résolutoire, sans avoir brisé la propriété du donataire, cette propriété reste irrévocablement soit à ce donataire s'il est encore vivant, soit à ses héritiers s'il est prédécédé. C'est ce que déclare positivement la seconde partie de l'article 1086.

III. — 317. Donc, et pour nous résumer, la caducité pour prédécès du donataire aura toujours lieu dans le cas de l'art. 1082, pour la donation de biens à venir, parce que le donataire n'y est jamais saisi que par le décès du donateur. Elle aura lieu toujours également dans le cas de

l'art. 1084, puisque la donation de biens présents et à venir, dont il s'occupe, reste pour le tout donation de biens à venir tant que le donateur est vivant; en sorte que ce second cas rentre dans le premier. Mais elle n'aura lieu, dans le cas de l'art. 1086, qu'autant qu'il s'agirait d'une condition suspensive, et que cette condition ne serait pas accomplie au décès du donataire, parce que c'est alors seulement que le donataire y meurt sans être saisi (1).

La rédaction de notre article doit donc se compléter ainsi : « Les donations faites *aux époux* ou à l'un d'eux, dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086, deviendront caduques *dans tous les cas où la caducité sera possible,* si le donateur survit à l'époux donataire, et aussi à sa postérité *issue du mariage, à moins que cette postérité n'ait été formellement exclue de la disposition.* »

Toutefois, alors même qu'elle serait ainsi complétée, la rédaction de notre article pécherait encore sur un point. En effet, le Code, en disant que les donations dont il s'agit *deviendront caduques si le donateur survit,* pourrait faire penser que la survie du donateur est une circonstance qu'il faut prouver pour qu'il s'ensuive la caducité de la donation, et que, par conséquent, en cas de doute sur le point de savoir lequel, du donateur ou du donataire, a survécu à l'autre, ce serait aux héritiers du disposant d'établir la survie de leur auteur. Or, ce serait là une erreur certaine. C'est à celui qui réclame l'exercice d'un droit de prouver que ce droit existe, et non pas à son adversaire de prouver qu'il n'existe pas. L'article signifie donc que les donations dont il parle n'échapperont à la caducité et ne produiront leur effet que *si le donataire* (ou sa descendance issue du mariage, quand elle n'est pas exclue) *survit au donateur,* si la survie de ce donateur est reconnue.

1090. — Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer.

318. Si favorables que soient les donations dont s'occupe notre chapitre, on ne pouvait pas aller jusqu'à supprimer pour elles la réserve due aux héritiers ; elles seront donc, comme toutes autres, réductibles à la quotité disponible.

Ces dispositions, au surplus, constituant toutes des donations entre-vifs, on ne pourra donc, aux termes de l'art. 923, réduire aucune d'elles qu'après avoir épuisé tous les biens compris dans les legs. La doctrine contraire de M. Duranton (VIII, 357 et 358), qui veut qu'on assimile aux legs et qu'on réduise en même temps qu'eux toute donation qui n'est pas irrévocable, est donc une erreur; et nous l'avons réfutée avec développement sous cet art. 923, n° I.

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Donat. par contr. de mar., § 6).

CHAPITRE IX.

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

319. Ce chapitre, qui termine notre article des Donations et Testaments, trace des règles spéciales pour les donations faites aux époux. Parmi ces règles, les unes sont particulières aux donations que les époux se font *dans leur contrat de mariage* (art. 1091, 1092, 1093 et 1095); — d'autres sont particulières aux donations dont ces époux se gratifient *dans le cours du mariage* (art. 1096 et 1097); — les dernières, qui créent pour les époux un système de quotité disponible différent du système ordinaire, sont communes aux deux classes de donations (art. 1094, 1098, 1099 et 1100).

§ 1er. — Donations faites entre époux par contrat de mariage.

1091. — Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils jugeront à propos, sous les modifications ci-après exprimées.

320. Les futurs époux peuvent se faire dans leur contrat *telles donations qu'ils jugeront à propos;* par conséquent, celles dont il a été question au chapitre précédent comme toutes autres.

1092. — Toute donation entre-vifs de biens présents, faite entre époux par contrat de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée; et elle sera soumise à toutes les règles et formes ci-dessus prescrites pour ces sortes de donations.

321. Dans nos anciennes provinces de droit écrit, on regardait toutes les donations que se faisaient deux futurs époux, alors même qu'elles avaient pour objet des biens présents, comme soumises à la condition tacite de la survie du donataire (*voy.* Furgole, quest. 49). Nos coutumes, au contraire, repoussaient cette condition tacite; et c'était seulement quand le donateur s'en expliquait positivement que le prédécès du donataire rendait la donation inefficace (Dumoulin, *De Donat. in contr. matr.*, n° 14).

Notre article adopte ce système des coutumes. Toute donation de biens présents entre époux par leur contrat de mariage sera pure et simple et irrévocable, si le contraire n'est exprimé; et quand le donateur voudra, ou que l'effet de la donation dépende de la survie du donataire, ou que cet effet, immédiatement consenti, se résolve par le prédécès de ce même donataire, il devra imposer expressément la condition suspensive ou résolutoire. Que si les termes employés laissaient du doute

sur le point de savoir si c'est à une condition suspensive ou à une condition résolutoire qu'on a entendu soumettre la donation, il est clair que ce serait là un point de fait, une question d'interprétation à résoudre par les circonstances (1).

322. Les donations dont il s'agit sont soumises, dit notre article, à toutes les règles et formes précédemment indiquées; aux règles générales posées par la première partie de notre titre, et aux règles spéciales que nous avons rencontrées dans le chapitre VIII. Ainsi, elles devront être transcrites pour les immeubles (art. 939), et accompagnées, quant aux meubles, d'un état estimatif (art. 948); elles n'ont pas besoin d'acceptation expresse (art. 1087); elles sont caduques si le mariage n'a pas lieu (art. 1088), etc. On sait, du reste, qu'elles ne sont pas révocables par survenance d'enfant (art. 953); mais que, dans notre opinion, elles le sont pour ingratitude (art. 959, n° 1).

1093. — La donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers, sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur.

323. Les donations de biens à venir, ou de biens présents et à venir, que les époux se font par leur contrat, suivent en tout les règles que nous avons expliquées sous les art. 1082 et suivants, sauf ce seul point : quand ces donations sont faites aux époux par des tiers, elles peuvent s'étendre (et s'étendent même de plein droit, si le contraire n'est exprimé), en cas de prédécès du donataire, aux descendants à naître du mariage; ici, au contraire, elles ne seront jamais extensibles à ces descendants, et le prédécès de l'époux donataire les rendra toujours caduques.

Nous disons qu'elles ne seront jamais extensibles aux descendants. Il ne faudrait pas croire, en effet, comme l'enseigne à tort M. Duranton (IX, 759), que la donation pourrait avoir effet au profit des descendants au moyen d'une déclaration formelle du donateur. C'est là, selon nous, une erreur certaine et facile à démontrer... L'art. 906 défend, en principe général, de faire des donations à des personnes non encore conçues; les art. 1082 et 1084 font exception à cette défense pour les donations faites aux futurs époux par des tiers; cette exception n'étant pas reproduite ici pour les donations faites par les époux entre eux, celles-ci restent donc sous la règle.

Ainsi, qu'on ne vienne pas dire que cette donation aux enfants à naître n'est pas prohibée, et que, dès lors, si dans tel ou tel cas elle ne peut plus avoir lieu de plein droit, elle peut toujours résulter d'une clause spéciale... Rien n'est plus inexact. Cette disposition est prohibée; sa

(1) *Voy.* Cass., 20 déc. 1854 (Dev., 56, I, 207; Dall., 55, I, 117).

prohibition est énergiquement écrite dans l'art. 906. Les art. 1082 et suivants lèvent cette prohibition pour les donations faites aux époux par des tiers; mais aucun article ne la lève pour celles que se font ces époux entre eux. — Et ce système du Code est parfaitement rationnel; car, ici, les biens que l'enfant ne prendra pas à titre de donation par le prédécès de l'époux donataire, il les retrouvera dans la succession de l'époux donateur, en sorte que la règle de l'article 906 n'a pas d'inconvénient; tandis que, dans le cas d'un donateur étranger, l'enfant, par le prédécès de l'époux donataire, aurait irrévocablement perdu les biens (*conf.* Delvincourt, Coin-Delisle, n° 4).

324. Notre article s'exprime inexactement quand il dit que les donations dont il s'agit ne seront pas *transmissibles* aux enfants : celles des art. 1082 et 1084 ne leur sont pas transmissibles non plus, puisque le donataire qui prédécède rendant, par son prédécès même, la donation caduque quant à lui, il ne recueille donc rien et ne peut rien transmettre. Mais cette expression, tout inexacte qu'elle est, rend palpable l'erreur de M. Duranton; car le Code ne dit pas que la donation ne sera pas *transmise,* mais qu'elle ne sera pas *transmissible,* ce qui signifie que non-seulement elle ne sera pas, de plein droit, *étendue* aux enfants, *faite* pour ces enfants, mais qu'elle ne sera pas *extensible* à ces enfants, qu'elle *ne pourra pas être faite* pour eux.

Cet article, au surplus, prouve bien ce que nous avons dit sous l'article 959, n° I, que les donations que se font les époux entre eux ne sont pas, comme celles que leur font des tiers, des donations faites *en faveur du mariage* et au profit de la famille à provenir de ce mariage, mais bien des donations *en faveur de l'époux* seul, et faites pour le profit personnel de cet époux; en sorte qu'elles sont nécessairement révocables pour l'ingratitude de cet époux.

1094. — Cet art. 1094 n'a rien de particulier aux donations que les époux se font par leur contrat de mariage; il n'appartient pas dès lors à l'ordre d'idées qui nous occupe, et on ne voit pas pourquoi les rédacteurs l'ont placé au milieu des articles que nous expliquons. Il traite de la quotité disponible entre époux (comme l'art. 1098, qui n'en est qu'une suite), et se trouve commun aux donations que les époux se font soit par leur contrat de mariage, soit pendant leur mariage, et même aux libéralités qu'ils se feraient par testament. Ce texte trouvera donc sa place toute naturelle immédiatement avant l'art. 1098, dans notre troisième paragraphe.

1095. — Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint.

325. Qui veut la fin veut les moyens. Il fallait donc, du moment qu'on permettait au mineur de se marier, lui permettre de consentir les donations, conventions et clauses quelconques qui doivent constituer son contrat de mariage, et sans lesquelles, le plus souvent, on verrait man-

quer l'union projetée. C'est ce que fait le Code dans notre article et dans les art. 1309 et 1398. Le mineur, d'après ces trois articles (qui ne disent à eux trois que ce que l'art. 1398 dit à lui seul), peut faire valablement dans son contrat de mariage tout ce que ferait un majeur; la seule condition requise pour cela, c'est qu'il soit muni, pour ce contrat, des consentements qui lui sont nécessaires pour le mariage lui-même (1).

326. Remarquons bien qu'il ne s'agit pas ici pour le mineur, comme dans les actes ordinaires, d'être représenté par son tuteur ou assisté par son curateur; la capacité du mineur est ici toute spéciale, elle est précisément pour le contrat ce qu'elle est pour le mariage même. C'est le mineur qui contracte par lui-même son mariage; c'est donc par lui-même qu'il en arrêtera les clauses et conditions pécuniaires, sans être jamais représenté par personne. Seulement, il a besoin, pour son mariage, du consentement de telles ou telles personnes (art. 148, 149, 150, 158, 159 et 160); ce même consentement sera donc nécessaire pour arrêter le contrat.

Ainsi, supposons une jeune fille de quinze ans qui n'a pas d'autres ascendants qu'une aïeule, et qui se trouve sous la tutelle d'un oncle : comme cette enfant n'a besoin, pour se marier, que du consentement de son aïeule (art. 150), sans que le tuteur ni le conseil de famille aient même besoin d'être consultés, elle pourra donc, avec le simple consentement de cette aïeule, faire toutes les donations et conventions qu'une personne majeure pourrait faire. En un mot, ce qui fait la capacité du mineur pour le mariage même, fait sa capacité pour le contrat : sous les conditions qui lui permettent la fin, on lui permet les moyens : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

§ 2. — Donations faites entre époux pendant le mariage.

1096. — Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables.

La révocation pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par justice.

Ces donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfants.

SOMMAIRE.

I. Donations *entre époux.* Ce sont toujours des donations entre-vifs : conséquences. Dissentiment avec M. Duranton et d'autres auteurs.

II. Ces donations peuvent être faites dans toutes les circonstances indiquées au chapitre précédent, sauf qu'elles ne peuvent jamais s'étendre aux enfants non conçus.

III. Elles sont caduques par le prédécès du donataire.

IV. Elles sont révocables pour ingratitude, pour inexécution, et, en outre, par la

(1) Voy. *Dict. not.* (vº Contr. de mar., nºˢ 134 et suiv., et vº Donation entre époux, nºˢ 10 et suiv.).

simple volonté du donateur. — Cette dernière cause de révocation ne produit son effet que d'après les règles posées pour la révocation des testaments : dissentiment avec M. Coin-Delisle.

I. — 327. Les donations que les époux se font dans le cours de leur mariage, alors qu'ils sont actuellement époux, et que l'on appelle tout spécialement pour cela *donations entre époux,* sont traitées dans le Code avec une brièveté fâcheuse ; et ce n'est que par des principes, des analogies et des rapprochements cherchés en dehors de ce texte, que nous pourrons résoudre les difficultés qui s'élèvent sur cette matière.

Les donations *entre époux,* en donnant à ce mot le sens spécial que nous venons d'indiquer, se rapprochent des dispositions testamentaires, en ce qu'elles sont, comme celles-ci, essentiellement révocables par le disposant jusqu'à son décès. Mais elles n'en sont pas moins aujourd'hui des donations entre-vifs, puisque, d'après l'art. 893, une disposition est entre-vifs dès là qu'elle n'est pas un testament.

328. Et, puisque cette disposition constitue une donation entre-vifs, elle reste donc soumise à celles des règles générales des donations auxquelles elle n'est pas soustraite par une règle spéciale. Ainsi, elle ne peut se faire que par acte notarié dont il reste minute (art. 931) ; — elle ne peut valoir qu'au moyen d'une acceptation expresse (article 932), puisque l'art. 1087 n'en dispense que les donations faites par contrat de mariage ; — elle ne pourra jamais être faite, si minime qu'en soit l'objet, par un époux mineur, même au-dessus de seize ans (art. 904), quoique ce mineur pût tester (*ibid.*) ; — elle ne serait réductible, lors du décès du disposant, qu'après épuisement de tous les legs et à sa date (art. 923), et nous avons suffisamment réfuté la doctrine contraire de M. Duranton sous l'art. 923, n° I ; — elle ne serait pas annulée, malgré la doctrine contraire encore de M. Duranton (XI, 776), par la mort civile (1) du disposant, puisque l'art. 25 n'enlève pour cette cause que l'effet du testament ; — elle sera soumise, quand elle sera de biens présents, à la nécessité d'un état estimatif pour les meubles (art. 948) et de la transcription pour les immeubles (article 939).

Il ne faut pas dire, en effet, comme la plupart des auteurs (Grenier, n° 456 ; M. Duranton, VIII, 509, etc.), que la révocabilité de l'acte rend l'état et la transcription inutiles. L'état sera nécessaire pour que le donateur puisse recouvrer, en cas de révocation, tous les meubles dont il s'était dessaisi. Quant à la transcription, il est vrai qu'elle est ici sans objet contre des tiers au profit desquels le donateur aurait aliéné ou hypothéqué les immeubles après la donation faite, puisque le fait de l'aliénation constituerait une révocation, et que la concession d'hypothèque (ainsi faite par une personne qui avait conservé le droit d'aliéner valablement) donnerait efficacement au créancier le droit de faire vendre

(1) La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

le bien; mais cette transcription conserverait son utilité vis-à-vis des créanciers qui, postérieurement à la donation, pourraient acquérir hypothèque sans le concours de la volonté du donateur (une hypothèque judiciaire).

II. — 329. Les époux peuvent se faire, pendant le mariage, les diverses espèces de donations prévues par le chapitre précédent. La preuve s'en trouve dans les cinq art. 943-947, dans lesquels la loi, après avoir défendu de donner les biens à venir, de donner avec réserve de disposer autrement plus tard, ou sous condition de payer d'autres dettes que les dettes présentes, et en général de faire aucune donation sous des conditions dépendant de la volonté du donateur, finit par déclarer que cette défense ne s'adresse pas aux donations dont il est mention aux chapitres VIII et IX.

Il est évident, au reste, que la donation ainsi faite à l'époux ne pourra jamais s'étendre, pour le cas de son prédécès, aux enfants non encore conçus, puisque cette extension n'est pas même permise pour les donations faites dans le contrat de mariage (art. 1093). On reste ici sous le coup de la prohibition générale de l'art. 906; et alors même que la libéralité n'est que de biens à venir ou de biens présents et à venir, elle ne peut s'adresser qu'à des personnes actuellement existantes.

III. — 330. Mais c'est un point très-délicat à nos yeux que celui de savoir si la donation entre époux, quand elle a pour objet des biens présents, devient caduque par le prédécès du donataire... Nous ne parlons pas de la donation de biens à venir ou de biens présents et à venir. Puisque le prédécès la rend caduque alors même qu'elle est faite aux époux par des tiers (art. 1089), ou par les époux l'un à l'autre dans leur contrat de mariage (art. 1093), il est clair qu'elle ne pourra pas être plus énergique ici où elle est toujours révocable, et que la caducité prononcée dans les deux premiers cas s'applique à plus forte raison au troisième. Mais, pour la donation de biens présents, le silence de la loi rend la question très-embarrassante.

Il est vrai que tous les auteurs, sans exception, sont d'accord pour admettre la caducité (1); mais comme la plupart font de la donation entre époux une donation à cause de mort, tandis que nous sommes forcé de reconnaître, en face de l'art. 893, qu'elle constitue une donation entre-vifs, leur décision ne saurait être pour nous d'un grand poids; et, d'un autre côté, deux arrêts, dont un de Cassation, décident (2) que la caducité ne doit pas être admise. Et, en effet, on peut

---

(1) Pothier (*C. de mar.*, n° 595); Toullier (V, 918); Grenier (n° 454); Delvincourt, Guilhon (n° 1026); Vazeille (n° 9); Duranton (IX, 777); Dalloz (ch. 12, sect. 2, art. 1); R. de Villargues (v° Donat. entre époux, n° 32); Championnière et Rigaud (IV, 2089); Coin-Delisle (n° 6); *Dict. not.* (v° Donat. entre époux, n°s 84 et suiv.).

(2) Limoges, 1er fév. 1840; Cass., 18 juin 1845 (Dev., 40, II, 241; 45, I, 638). *Adde :* Angers, 27 janv. 1848 (Dev., 48, II, 208; Dall., 48, II, 51); Toulouse, 26 fév. 1861 (Dev., 61, II, 327; Dall., 61, II, 58); Aubry et Rau (VI, § 744, p. 291, texte et note 19); Troplong (n° 2659).

dire que, cette donation de biens présents saisissant immédiatement le donataire, ce donataire, à quelque époque qu'il meure, mourra propriétaire et transmettra les biens à ses héritiers.

Nous croyons cependant que telle n'est pas la pensée du législateur... Autrefois, la donation entre époux pendant le mariage était prohibée dans les pays de coutume, et elle n'était permise dans les pays de droit écrit que sous la condition de survie du donataire; or, le Code, en la permettant sans s'expliquer sur ce point, n'a-t-il pas entendu tout naturellement la continuer telle qu'elle avait toujours existé? Si l'on avait entendu changer sur ce point le droit antérieur, ne s'en serait-on pas expliqué, soit dans le texte de l'article, soit dans les travaux préparatoires? L'art. 1092, qui ne faisait pourtant que reproduire les principes de notre ancien droit coutumier, a cependant eu bien soin, à cause des principes différents du droit écrit, de déclarer positivement que la donation de biens présents entre époux par contrat de mariage ne serait pas censée faite sous cette condition de survie; cette nature pure et simple de la donation, laquelle semblait résulter suffisamment des règles générales, le Code a cependant eu le soin de la formuler expressément, par cette seule raison qu'il avait existé un système contraire en face du système plus rationnel qu'il adoptait. Mais s'il en est ainsi, si le législateur a cru devoir s'expliquer pour rejeter la condition de survie dans un cas où nos coutumes la rejetaient déjà, et où il s'agissait d'une donation irrévocable, comment aurait-il gardé le silence pour l'écarter dans un cas où l'ancien droit l'admettait et où la donation est déclarée révocable à l'instar d'un legs? N'est-il pas clair qu'une explication à ce sujet eût été plus nécessaire dans le second article que dans le premier? N'est-il pas évident que cette explication fût devenue surtout indispensable dans l'art. 1096 après celle qu'on avait mise dans l'art. 1092? N'est-il pas clair enfin que le contraste de ces deux articles conduit à reconnaître dans le nôtre l'existence, la continuation de la condition de survie du donataire, par un argument qui n'est pas seulement *à contrario,* comme l'a dit la Cour de Limoges, mais qui devient argument *à fortiori,* à cause des circonstances?

Reconnaissons donc, avec tous les auteurs, que la donation entre époux pendant le mariage sera toujours caduque par le prédécès du donataire.

IV. — 331. Les donations entre époux, toujours révocables par la simple volonté du disposant, le sont aussi par ingratitude du donataire ou pour inexécution des conditions (art. 955). On conçoit que ces deux dernières causes de révocation seront ordinairement inutiles quant au donateur, puisque, toujours libre de révoquer à sa fantaisie, il n'a pas besoin de pouvoir invoquer une cause légale de révocation; mais elles seraient utiles pour les héritiers de ce donateur et aussi pour le donateur lui-même qu'une interdiction mettrait hors d'état d'avoir, au moins légalement parlant, sa volonté propre (1).

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Rév. des don., § 5).

Quant à la révocation par simple volonté du donateur, le Code ne nous dit pas de quelle manière elle pourra s'accomplir ; et la plupart des auteurs concluent de ce silence qu'on devra appliquer ici les règles établies pour la révocation des testaments (art. 1035-1038) (1). Mais M. Coin-Delisle (n° 15) ne partage pas cette opinion générale. Le point de savoir si l'on doit reconnaître dans telle ou telle circonstance une révocation expresse ou tacite de la donation ne pourra jamais être, selon lui, qu'un point de fait, une question d'intention, que les Cours d'appel jugeraient toujours souverainement. Sans doute, dit-il, il sera tout naturel que les juges prennent ici pour guide le système des articles 1035-1038 ; mais, la loi n'y renvoyant pas, ils ne seront jamais tenus de s'y soumettre rigoureusement. Si un arrêt, par exemple, admettait comme efficace la révocation contenue dans un acte sous seing privé, comment la Cour suprême pourrait-elle le casser ? Quelle loi cet arrêt aurait-il violée ?...

Nous pensons autrement que notre savant confrère. Ce n'est pas seulement le texte de la loi que les tribunaux doivent respecter, c'est aussi son esprit. Or, il nous paraît impossible d'admettre que le législateur ait entendu laisser à l'arbitraire des juges la révocation des donations, alors qu'il organise avec tant de soin la révocation des testaments. Il n'y a rien de plus essentiellement révocable qu'un testament ; et il est dès lors impossible d'admettre qu'une donation entre-vifs, un acte qui a saisi immédiatement le bénéficiaire et lui a conféré la propriété des biens, puisse jamais se révoquer plus facilement qu'un testament lui-même. Dire que toutes circonstances autres que telles et telles n'auront pas la force de révoquer un simple testament, c'est dire, sinon *à fortiori,* au moins *à pari,* qu'elles n'auraient pas la force de révoquer une donation. Nous rejetons donc l'opinion de M. Coin-Delisle pour suivre la doctrine commune des auteurs.

332. Remarquons en terminant que ces donations, précisément parce qu'elles sont toujours révocables à la volonté du disposant, ne sont jamais révoquées de plein droit par la survenance d'enfants (2).

1097. — Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.

333. Le motif qui, aux yeux de la loi, rend le caractère de révocabilité des testaments incompatible avec la rédaction conjonctive des testaments de plusieurs personnes dans un seul acte (motif que nous avons expliqué sous l'art. 968), devait faire proscrire aussi la confection conjonctive des donations entre époux, puisqu'elles sont révocables également. En conséquence, notre article déclare que des époux ne

(1) Conf. *Dict. not.* (*ibid.*, n° 146).
(2) Voy. *Dict. not.* (v° Révoc. de donat., n° 144).

pourront jamais se faire des libéralités réciproques dans un seul et même acte, pas plus par donation que par testament (1).

On avait pensé, dans les premiers temps du Code, que la nullité prononcée par notre article s'appliquerait même au cas où deux époux auraient fait leurs dispositions mutuelles par deux actes séparés, si ces deux actes avaient été reçus par le même notaire immédiatement l'un après l'autre (Delaporte; arrêt de Rennes, 15 therm. an 13). C'était une erreur évidente : les causes de nullité ne peuvent pas s'étendre; il n'y a plus lieu d'invoquer notre article du moment que les dispositions ont été faites par actes séparés. Aussi l'arrêt de Rennes a-t-il été cassé le 22 juillet 1807, et la doctrine de M. Delaporte a été rejetée par tous les auteurs.

§ 3. — De la quotité disponible entre époux.

1094. — L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.

Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement.

SOMMAIRE.

I. Le conjoint, en présence d'enfants, ne peut recevoir au delà de ce qui est fixé par le deuxième alinéa de l'article; l'art. 913 ne s'applique point à lui. Critique de la doctrine contraire de MM. Benech, Demante, Duranton, Valette et Aubry.

II. Sens des mots *ou la moitié de l'usufruit.* Ils permettraient, nonobstant l'art. 917, de réduire à cette moitié la disposition d'usufruit qui excéderait cette limite.

III. *Quid* si l'époux avait déclaré donner *ce que la loi lui permet*, ou s'il avait reproduit l'alternative indiquée par notre alinéa, sans dire à qui le choix doit appartenir.

IV. En disposant de tout l'usufruit qu'il peut donner, l'époux ne peut dispenser pour le tout son conjoint de fournir caution.

V. Renvoi à l'art. 1100 pour la combinaison du disponible spécial aux époux avec le disponible ordinaire.

I. — 334. Les art. 913-916, en réglant la quotité disponible d'une

(1) *Voy.* Cass., 26 mars 1855; Agen, 21 nov. 1860 (Dev., 55, I, 355; 63, I, 439; Dall., 55, I, 64). — Jugé que la clause d'un acte de partage anticipé fait par le père et la mère entre leurs enfants, par laquelle les donateurs se réservent à tous les deux et au survivant d'eux l'usufruit des biens compris dans le partage, est nulle comme constituant une donation mutuelle entre époux faite par le même acte. Amiens, 10 nov. 1853 (Dev., 53, II, 690; Dall., 54, II, 92). *Contrà :* Poitiers, 20 fév. 1861 (Dev., 61, II, 465; Dall., 61, II, 93); Metz, 18 juin 1863 (Dev., 63, II, 211; *J. Pal.*, 64, 90). *Voy.* encore *Dict. not.* (v° Donat. entre époux, n°s 61 et suiv.).

manière générale, nous ont dit : 1° que le disponible embrasserait la totalité des biens quand le disposant ne laisserait ni descendants ni ascendants ; 2° qu'il serait de la moitié quand il y aurait des ascendants dans les deux lignes, et du quart quand il n'y en aurait que dans une ; 3° qu'enfin il serait de moitié en présence d'un enfant, d'un tiers en présence de deux, et d'un quart pour un plus grand nombre. Notre article, maintenant, nous dit qu'entre époux le disponible comprendra : 1° s'il n'y a pas d'enfants au décès, ce qu'on pourrait donner à tous autres, et en outre l'usufruit de ce qu'on ne pourrait pas donner (alin. 1) ; et 2° en cas d'enfants, un quart des biens en pleine propriété, plus un quart en usufruit, ou bien une moitié en usufruit (alin. 2).

Cette nouvelle règle ne saurait présenter aucune difficulté pour sa première partie. Si l'époux qui ne laisse pas d'enfants ne laisse pas non plus d'ascendants, il aura pu donner tous ses biens à son conjoint ; que s'il laisse des ascendants, soit dans une ligne, soit dans toutes deux, il aura pu donner les trois quarts dans un cas, la moitié dans l'autre, et, en outre, l'usufruit de l'autre quart ou de l'autre moitié.

335. Mais il s'en faut de beaucoup que la seconde partie de l'article soit aussi simple ; et c'est un point controversé que celui de savoir si la quotité déterminée par notre 2e alinéa est la seule que l'époux puisse jamais donner, ou bien si elle forme, avec la quotité ordinaire de l'art. 915, une alternative offerte au choix de cet époux... La règle de cet alinéa fixe-t-elle une quotité *invariable* entre époux, quotité plus large que celle de l'art. 913 quand il y aura trois enfants ou davantage, mais plus restreinte quand il n'y en aura qu'un ou deux ? ou bien cette règle constitue-t-elle une simple faculté, une faveur, dont l'époux donateur usera s'il le veut, mais qu'il peut toujours abandonner pour rester dans le droit commun quand il le juge à propos ?

Au premier coup d'œil, les deux art. 1094 et 1098 paraissent bien organiser, pour notre matière des donations entre époux, un système complet et pleinement indépendant des règles posées par les art. 913-916. En effet, ces art. 1094 et 1098 prévoient toutes les positions possibles, soit que l'époux donateur meure sans aucun enfant, avec ou sans ascendants (1094, alin. 1er), soit qu'il laisse des enfants issus de son mariage avec l'époux donataire (1094, alin. 2), soit enfin qu'il laisse des enfants d'un mariage antérieur, et après la dissolution duquel il a disposé au profit d'un nouvel époux (1098) ; dans tous les cas, on trouve une règle spéciale dans le chapitre IX du titre *Des Donations*, sans qu'il soit jamais besoin de recourir aux règles du chapitre III. Aussi, jusque dans ces derniers temps, tous les auteurs, sans exception, depuis Toullier et Grenier jusqu'à M. Vazeille et M. Coin-Delisle, ont-ils enseigné qu'il s'agit ici d'une quotité disponible indépendante de la quotité ordinaire, et que les époux dès lors ne peuvent jamais se donner au delà de ce qui est fixé par le second paragraphe de notre article 1094.

Cette doctrine ne paraissait pas même susceptible de controverse, lorsqu'un savant professeur de Toulouse, M. Benech, dans un volume consacré tout entier à l'explication de notre art. 1094, est venu développer le système contraire avec un talent remarquable et digne, selon nous, d'une meilleure cause; et M. Valette, dans un article publié par le journal *le Droit,* a pleinement adopté le système de son collègue de Toulouse. M. Valette nous apprend, en outre, dans cet article, que le système de M. Benech, déjà professé à l'École de Paris par M. Demante, a été adopté aussi par M. Duranton, et qu'il est autorisé à publier que le savant auteur du *Cours de droit français* désavoue la doctrine opposée, enseignée par lui depuis plus de vingt ans. D'un autre côté, la doctrine de M. Benech a été admise par M. Zachariæ (*Manuel,* IV, p. 268; *Cours,* V, p. 205); et l'un des annotateurs de ce dernier, M. Aubry, dans une adhésion envoyée à M. Benech, déclare que l'opinion contraire lui paraît *insoutenable.*

Cependant, et malgré tout ce qu'il y a d'imposant dans une réunion de noms aussi recommandables que ceux de MM. Benech, Demante, Duranton, Valette, Aubry et Zachariæ, nous sommes plus convaincu que jamais que ces messieurs sont dans l'erreur; nous regrettons de plus en plus que M. Valette n'ait pas relevé, dans son article du 11 mars 1846, la critique que nous en avions déjà faite depuis deux ans, critique que M. de Vatimesnil, dans le *Droit* du 24 juillet 1845, avait qualifiée de réfutation victorieuse; et tout *insoutenable* qu'on déclare notre opinion, nous venons la *soutenir* encore une fois, et démontrer jusqu'à l'évidence l'erreur de nos honorables adversaires.

336. Les arguments de M. Benech sont tirés 1° de la *Philosophie du droit* (p. 159-164), 2° des textes du Code (p. 106-117), et 3° des travaux préparatoires des articles relatifs à la quotité disponible (p. 117-159). Examinons chacun d'eux successivement.

1° Et d'abord, le savant professeur trouve inadmissible que le législateur ait pu ne pas permettre de donner autant à un époux qu'à un étranger; la qualité de cet époux étant, au contraire, une raison de permettre plutôt de lui donner davantage. — On avait répondu d'avance à cette objection, en disant que des libéralités considérables sont bien plus à craindre et se feront bien plus facilement au profit d'un conjoint qu'au profit d'un étranger. C'est ainsi qu'un enfant naturel, qui a certes plus de droits aux biens qu'un étranger (et qui est en effet l'un de ceux qui recueillent ces biens *ab intestat!*), ne peut cependant pas recevoir ce qu'on pourrait donner à l'étranger, à cause de l'extrême propension que son auteur aurait à lui faire des libéralités considérables. Un père n'ira pas donner à un étranger la moitié de sa fortune, s'il n'a de bien graves raisons de punir son enfant; tandis que, si la loi ne s'y opposait pas, il se déciderait facilement à la donner à la mère de l'enfant. C'est également d'après ce principe fort sage, que celui qui contracte une seconde union ne peut jamais donner plus d'un quart à son nouvel époux, alors même qu'il pourrait donner à un

étranger un tiers ou une moitié. *Lex arctiùs prohibet quod faciliùs fieri putat* (1).

Mais, dit M. Benech (p. 147), cette explication de l'art. 1094 n'est pas exacte, puisque l'époux peut *quelquefois* recevoir plus que d'autres. Si le motif que vous prêtez à l'art. 1094 était vrai, le Code aurait empêché l'époux de recevoir *jamais* autant que l'étranger. — L'erreur se touche ici du doigt. Le Code a dû protéger les enfants contre la facilité de donner à un conjoint, non pas pour *toutes* les libéralités, mais pour les libéralités *considérables*. Prohiber les libéralités d'un tiers ou de moitié, qui, sans cela, n'auraient pas manqué de devenir fréquentes, c'était sage; mais c'eût été exagérer une règle excellente et la rendre mauvaise, que de défendre en général de donner jamais au conjoint autant et même plus qu'à un étranger. Mon conjoint peut être pauvre, et on ne pouvait pas me défendre de lui laisser assez pour vivre encore après moi, comme il vivait pendant notre union. Voilà pourquoi la loi me permet de lui léguer en mourant, outre un quart de nue propriété, la moitié de l'usufruit de mes biens, lors même que cette quotité devrait dépasser ce que je puis donner à un étranger. Et comme les besoins de l'époux seront toujours les mêmes, soit qu'il n'y ait qu'un enfant, soit qu'il y en ait deux, trois ou davantage, on comprend parfaitement que le Code ait fixé ici un disponible invariable et indépendant du nombre des enfants. Loin donc que cette règle soit *absurde*, comme le prétend M. Benech (p. 162), on voit qu'elle est très-rationnelle.

2° L'argument pris des textes se réduit à ceci : l'art. 902 déclare que toutes personnes peuvent donner ou recevoir, si elles n'en sont dé-

---

(1) Les rédacteurs du Code, à la différence des honorables adversaires auxquels nous répondons ici, étaient des hommes de pratique. Or, dans la pratique des affaires, on est étonné de voir combien les époux sont enclins à se donner l'un à l'autre, et combien ils sont peu enclins à donner à leurs enfants.

Les conjoints ne sont que trop disposés, même avant de savoir quelle est la quotité dont ils peuvent disposer entre eux, à s'assurer réciproquement, pour le survivant, tout ce que la loi leur permet de se donner; en sorte que si on allait jusqu'à leur permettre de se donner la totalité de leurs biens, ils se donneraient souvent cette totalité. — Quelle parcimonie, au contraire, envers les enfants ! Dans presque tous les contrats de mariage, on a soin, en donnant une dot (aussi petite que possible, bien entendu), de dire que cette dot est donnée non pas par les père et mère conjointement, non pas par tel des deux qui se trouve plus riche que l'autre, mais par l'un des époux qu'on ne connaît pas et qui ne sera connu que plus tard, c'est-à-dire par celui qui se trouvera mourir le premier, afin que cette dot soit prise en entier sur sa succession, et que le survivant n'ait pas à y contribuer. (*Voy.* art. 1439, n° III.) Quel luxe de précautions contre les enfants au profit du conjoint !

Et c'est en face de ces faits que l'on se plaint de voir le législateur restreindre dans de justes limites le disponible entre époux en présence d'enfants ! Mais, en vérité, le conjoint survivant est-il donc si malheureux, même dans ce cas d'enfants, et n'est-ce pas assez pour lui de pouvoir réunir à sa fortune particulière (qu'il conserve intacte au moyen de l'imputation des dots sur la succession du prémourant) la jouissance pendant toute sa vie de la moitié des biens de l'autre, plus un quart de propriété ? Quand le père, qui a gagné conjointement avec sa femme une fortune de 12 000 francs de rentes, meurt laissant deux enfants et en donnant à sa femme ce que permet l'art. 1094, n'est-ce pas assez pour la veuve, *seule et sans charges*, de conserver un revenu annuel de NEUF MILLE FRANCS, alors que chacun des deux enfants, *souvent chargé d'une jeune famille*, n'en aura que QUINZE CENTS ?

clarées incapables par la loi ; d'un autre côté, l'art. 913 dit que les libéralités ne pourront excéder la moitié, le tiers ou le quart des biens, selon que le disposant laissera un enfant, deux enfants ou davantage ; donc les époux seront capables de se donner dans ces proportions, si aucun texte ne les en déclare incapables. Or, ce texte n'existe pas ; car notre art. 1094, à la différence des art. 913 et 1098, ne dit pas que l'époux *ne pourra donner que,* il dit seulement *il pourra donner :* il est facultatif, et non prohibitif. — Nous ne sentons guère la force de cet argument, que M. Valette cependant trouve très-concluant... Nous pourrions dire d'abord que l'art. 902 n'a rien à faire dans la question, attendu qu'il s'occupe de la capacité des personnes, tandis qu'il s'agit ici de la disponibilité des biens, de statuts réels dès lors, ainsi que nous l'avons expliqué sur l'art. 3. Mais, au surplus, l'argument laisse la question pleinement indécise, ou plutôt c'est le fait même sur lequel il repose qui fait naître cette question ; car c'est précisément et uniquement parce que notre article dit *pourra donner* que la question s'élève. Si l'article disait : *l'époux ne pourra donner que*, il n'y aurait plus de question possible. Le débat ne change donc pas par cet argument; et il nous reste à rechercher si le législateur, en nous indiquant ce que l'époux *pourra* donner, n'a pas entendu exprimer *tout* ce qu'il pourra donner.

Les arguments tirés de l'esprit de la loi, et puisés dans les travaux préparatoires du Code, sont donc les seuls qui doivent nous donner la solution de la question, et nous allons voir s'il est possible d'accepter cette solution dans le sens de MM. Benech, Valette et autres.

337. 3° M. Benech argumente d'abord des rapports qui existent entre notre art. 1094 et les textes réglant le disponible ordinaire. Il fait remarquer que l'art. 1094 n'a jamais varié, qu'il est dans le Code ce qu'il avait été dans les divers projets qui s'étaient succédé depuis le projet Jacqueminot; tandis que les règles des art. 913-916 ne sont devenues ce qu'on les voit qu'après diverses transformations de la règle primitive formulée par l'art. 16 de ce même projet Jacqueminot.

Cela est vrai. La règle de notre article n'a jamais été modifiée, même quant aux termes, sauf la substitution bien insignifiante du futur *pourra* au présent *peut*. Au contraire, le système des art. 913-916 était, dans son principe, bien différent de ce qu'il est aujourd'hui ; dans ce système primitif, le disponible était : 1° du quart des biens si le disposant laissait des descendants, sans aucune considération de leur nombre ; 2° de la moitié s'il laissait des ascendants, des frères ou sœurs, ou des descendants de frères ou sœurs ; 3° des trois quarts s'il laissait des oncles, grands-oncles, ou cousins germains ; 4° enfin, de la totalité à défaut des parents ci-dessus exprimés (Fenet, t. I, p. 370, art. 16). Comme on le voit, le disponible, en cas d'enfants ou autres descendants, était invariablement du quart, tandis qu'il est aujourd'hui, selon le nombre des enfants existants (ou remplacés par d'autres descendants), ou du quart, ou du tiers, ou de moitié ; puis une réserve était donnée en outre, non pas aux ascendants seulement, mais aussi à un grand nombre de colla-

téraux. Il y avait donc dans le premier jet du système modifié plus tard, c'est-à-dire dans les art. 16 et 151 du projet Jacqueminot (devenus les art. 913-916 et 1094 du Code), une harmonie parfaite, un rapport on ne peut plus simple et qui explique clairement la rédaction de notre article... En effet, l'art. 16 déclarait qu'une réserve était due, à défaut de descendants, aux ascendants et à de nombreux collatéraux; et l'alinéa 1er de notre article disait que, dans ce cas de descendants, l'époux pouvait donner à son conjoint ce qu'il pourrait donner à d'autres et en outre l'usufruit de la portion réservée *aux héritiers :* cette expression d'héritiers, trop vague aujourd'hui qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux ascendants, était alors bien choisie, puisqu'elle comprenait une foule de collatéraux avec ces ascendants. Le 2e alinéa était tout aussi simple : l'art. 16 disait que, dans le cas de descendants, le disponible était invariablement d'un quart; et notre alinéa venait dire que l'époux, dans ce cas, pourrait donner ce même quart, plus un quart d'usufruit; et comme d'ailleurs l'art. 17 (relatif aux dispositions faites en usufruit seulement) ne permettait de donner en usufruit que ce qu'on pouvait donner en propriété même, notre article permettait de donner entre époux ce même quart d'usufruit, plus encore un autre quart, c'est-à-dire l'usufruit de la moitié des biens.

Notre article, on le voit, se résumait à dire que le disponible serait pour un époux exactement le même que pour tous autres, sauf qu'on pourrait y ajouter de l'usufruit. Il augmentait donc pour l'époux le disponible ordinaire; et c'est pour cela qu'il s'était gardé de dire : « l'époux *ne pourra* », ce qui aurait marqué une restriction, tandis qu'il constituait véritablement une extension.

C'est de là que part M. Benech; et l'argument qu'il présente ici est le plus fort de tous. C'est le seul qui soit vraiment spécieux. Puisque les rédacteurs du Code, dit-il, n'ont écrit l'art. 1094 que pour étendre au profit des époux le disponible ordinaire, puisqu'ils voulaient que l'époux pût toujours obtenir plus qu'un étranger, ils ont donc entendu faire profiter cet époux des augmentations qu'ils ont apportées plus tard au disponible ordinaire, et s'ils accordent ici à cet époux un quart en propriété, plus un quart en usufruit pour tous les cas possibles, c'est-à-dire alors même que l'étranger ne pourrait avoir que le quart en propriété, ils sous-entendent forcément qu'il pourra recevoir aussi le tiers ou la moitié en propriété, dans le cas où l'on peut les donner à un étranger.

En attendant que cette conclusion soit démentie *par les faits eux-mêmes,* montrons le vice de l'argument qui l'a produite. Ce vice tient à la première proposition, à la majeure du syllogisme. Il est évident, nous dit-on, par la comparaison des art. 16 et 151 du projet Jacqueminot, que l'on voulait donner plus à l'époux qu'aux étrangers... La proposition est vraie dans un sens, fausse dans le sens que lui donne M. Benech. On voulait donner à l'époux plus que *ce qu'on donnait actuellement aux étrangers;* mais non pas plus que *ce qui pourrait être accordé aux étrangers* par tous changements postérieurs... Alors qu'on

ne donnait invariablement aux étrangers qu'un quart de pleine propriété, on disait que ce chiffre était insuffisant pour un époux, qu'un époux pauvre pourrait avoir besoin d'une libéralité plus forte, et qu'il fallait ajouter pour lui un quart d'usufruit au quart de pleine propriété; mais on ne disait pas, et on n'avait aucune raison de dire, que ce chiffre d'un quart en pleine propriété, plus un quart en usufruit, devrait être augmenté si on venait à augmenter pour certains cas le disponible fixé pour les étrangers... On ne disait pas, en parlant absolument et pour tous les cas possibles : « Il faut qu'un époux *ait plus qu'un étranger.* » On disait tout simplement, et dans un sens tout relatif à la quotité précédemment établie : « Il faut qu'un époux ait *plus que le quart* actuellement attribué aux étrangers. » Et la preuve de cette pensée, elle est dans la rédaction même de notre alinéa; car si les rédacteurs avaient eu l'idée qu'on leur prête, ils n'auraient pas manqué de dire, dans l'alinéa 2 comme dans l'alinéa 1er, que l'époux aurait ce *qu'on pourrait donner à un étranger,* plus un quart d'usufruit; mais, au contraire, on a soin de préciser ici, d'une manière absolue et indépendante (et sans se reporter à la quotité ordinaire, comme on l'avait fait dans le premier alinéa), le chiffre concernant les époux : ce sera un quart en propriété et un quart en usufruit. Remarquons bien que, si notre pensée n'avait pas été celle des rédacteurs, il n'aurait pas même pu leur venir à l'idée de faire deux alinéa dans l'article; on aurait dit en une seule phrase : « L'époux peut donner à son conjoint tout ce qu'il peut donner à un étranger, et de plus, un quart d'usufruit s'il laisse des descendants; et s'il n'en laisse pas, tout l'usufruit de la portion indisponible. »

337 *bis.* M. Benech trouve un nouvel argument dans une observation faite par M. Berlier au sein du conseil d'État lors de la discussion de l'art. 1098. — Cet article, qui indique de quelle fraction peut disposer, au profit d'un nouveau conjoint, l'époux qui a déjà des enfants d'un premier lit, n'accordait d'abord pour ce cas qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, *en usufruit seulement.* M. Cambacérès proposa de permettre la disposition de cette part d'enfant en toute propriété. M. Berlier, tout en trouvant cette proposition raisonnable, fait observer qu'il serait convenable de modifier cette règle : « Car, dit-il, s'il n'y avait qu'un enfant ou deux du premier mariage, et point du second, le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le tiers de la succession. » En conséquence, il propose de dire que ce nouvel époux ne pourra jamais avoir plus du quart de la succession. L'article fut adopté avec les amendements du consul Cambacérès et de M. Berlier (Fenet, t. XII, p. 416 et 417). — Or, dit M. Benech, si, au moment même où l'on venait de voter l'art. 1094, le Conseil n'ose pas permettre au profit du nouvel époux la disposition d'une part d'enfant absolument et sans restriction, parce qu'une telle règle pourrait lui faire avoir, dans certains cas, le tiers ou la moitié des biens, c'est donc que l'art. 1094 n'empêche pas les époux de se donner ce tiers ou cette moitié... — Plus loin (p. 171-177), M. Benech développe le même argu-

ment une seconde fois, en l'appuyant sur l'analyse que M. Maleville donne de l'art. 1098, analyse qui n'est que la relation de la discussion au conseil d'État : « On observa, dit M. Maleville, qu'il faudrait mettre une limite à la faculté de disposer accordée à l'époux qui convole, et qu'il serait dur, s'il n'y avait qu'un ou deux enfants du premier lit, qu'il pût donner à son second conjoint la moitié ou le tiers de ses biens ; et on le réduisit au quart de la portion en pareil cas disponible. » Donc, dit M. Benech, M. Maleville entend bien, comme l'avait entendu M. Berlier en proposant son amendement, comme l'avait entendu le Conseil tout entier en adoptant cet amendement, que la disposition d'un tiers ou de moitié n'était pas prohibée au profit de l'époux.

M. Valette trouve aussi cet argument concluant, et il répète, après M. Benech, que la proposition Berlier présupposait que l'art. 1094 ne prohibe pas la disposition d'un tiers ou de moitié.

Ce raisonnement est cependant on ne peut plus inexact... Sans doute la proposition Berlier présupposait bien la faculté de disposer d'un tiers ou de moitié, puisqu'elle était faite pour enlever cette faculté. Mais à qui supposait-elle que cette moitié ou ce tiers pouvaient être donnés? à un *second conjoint,* du mariage duquel il n'y aurait pas d'enfant : « S'il n'y avait, disait M. Berlier, qu'un enfant ou deux du *premier mariage, et point du second,* LE NOUVEL ÉPOUX pourrait avoir la moitié ou le tiers. » M. Maleville dit également qu'il fallait mettre une limite « au droit de disposition de *l'époux qui convole,* et qu'il serait dur, s'il n'avait qu'un enfant ou deux *du premier lit,* qu'il pût donner la moitié ou le tiers *à son second conjoint.* » Ainsi l'amendement suppose uniquement que l'art. 1094 n'empêche pas de donner le tiers ou la moitié au conjoint *d'un nouveau lit,* en présence d'enfants *d'un lit précédent* (et ceci est tout simple, puisque cet art. 1094 ne s'occupe point de ce cas, qui n'est réglé que par l'art. 1098). Cet amendement, par conséquent, est parfaitement étranger à notre question, qui n'est relative qu'aux enfants *communs* aux deux époux.

Mais il y a plus. Non-seulement les paroles de M. Berlier ne présupposent nullement l'idée que nous combattons, mais elles indiquent l'idée contraire. — Remarquons, en effet, ces paroles de M. Berlier : « S'il y avait *un enfant ou deux du premier mariage,* ET POINT DU SECOND... » De même que le second époux, si l'amendement de M. Berlier n'avait pas été adopté, n'aurait eu la moitié qu'avec un enfant du premier mariage *et point du second,* de même, dans la pensée de M. Berlier, ce n'est qu'avec deux enfants de ce premier mariage, *et point du second,* que cet époux aurait eu le tiers. Or, si le second époux n'eût eu le tiers qu'avec deux enfants *du premier mariage tous deux ;* s'il n'eût pas pu l'avoir avec deux enfants dont un seul aurait été *du premier mariage* et l'autre un enfant *du second,* c'est-à-dire un enfant *commun,* c'est donc que l'art. 1094 refusait ce tiers et ne permettait jamais que le quart entre époux ayant des enfants communs !...

Voyons maintenant comment notre article est interprété par M. Maleville, que M. Benech présente comme professant sa doctrine, et dont

le suffrage est plus puissant à ses yeux, dit-il, que celui de tous les autres interprètes. — M. Maleville prévoit divisément les trois hypothèses d'un époux mourant 1° sans héritiers réservataires, 2° avec des ascendants, et 3° avec des descendants communs aux deux époux. Voyons s'il dit ou s'il donne seulement à entendre que dans le troisième cas on pourra donner, au choix, la quotité de notre article ou celle des art. 913-916... « Suivant notre article, dit-il, les époux peuvent se donner tous leurs biens, quand ils n'ont ni enfants ni ascendants, et cela est très-juste; — mais, de plus, ils peuvent se donner, outre la portion disponible, l'usufruit même de la légitime des ascendants; — et s'ils laissaient des enfants, ils peuvent, à leur choix, se donner un quart en propriété et un quart en usufruit, ou bien la moitié de l'usufruit de tous les biens. » (T. II, p. 515.)

M. Benech, en copiant ce passage, a mis par erreur (du moins dans sa 2e édit.) *ni descendants ni enfants,* au lieu de *ni enfants ni ascendants*. Par erreur également, il a mis un point final, au lieu d'un simple point-virgule, après les mots *et cela est très-juste,* ce qui semblerait faire une phrase unique du reste de la citation. Peut-être que ce point final, qui n'existe pas dans le passage de M. Maleville, a contribué à lui faire voir dans les paroles de celui-ci un sens qui n'y est pas; mais ce qui reste certain, et ce que nous n'avons pas à prouver parce qu'on ne prouve pas l'évidence, c'est que M. Maleville, qui, dans son dernier membre de phrase, et alors qu'il s'agit du cas qui nous occupe (celui d'enfants communs), ne dit pas un mot du prétendu droit de donner la quotité disponible des art. 913-916, a cependant bien entendu présenter ici *le tableau complet* du disponible entre époux pour les trois hypothèses possibles : 1° à défaut de réservataires, tous les biens; 2° en présence d'ascendants, le disponible ordinaire, plus l'usufruit de toute la partie indisponible; 3° enfin, en présence de descendants, un quart de propriété, plus un quart d'usufruit, ou bien la moitié en usufruit.

338. Maintenant que nous croyons avoir renversé pièce par pièce le système de MM. Benech, Demante, Valette, etc., voyons si le système contraire ne repose pas sur des bases inébranlables.

Nous voulons bien ne pas invoquer ce fait, que les deux art. 1094 et 1098 contiennent une exposition complète, et réglant toutes les hypothèses possibles, du disponible entre époux, ce qui suffirait déjà pour exclure toute idée d'un recours à faire à d'autres parties du Code. — Nous voulons bien laisser aussi de côté l'art. 1099, qui nous paraît cependant singulièrement gênant pour le système contraire. En effet, après avoir déterminé, par notre art. 1094, le disponible d'un époux n'ayant pas d'enfants d'un premier lit, et par l'art. 1098 le disponible de l'époux qui a des enfants d'un mariage précédent, la loi déclare, dans l'art. 1099, que *les époux ne pourront jamais se donner au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus*. Or, il paraît bien difficile d'admettre que ces mots *les dispositions ci-dessus* ne se réfèrent qu'à l'art. 1098, puisqu'on parle de plusieurs dispositions; et

il n'est pas moins difficile de croire que ces mots se reportent aux articles 913-916, évidemment trop éloignés pour qu'on les désigne par les mots *ci-dessus*. Il nous semble donc certain que les dispositions dont le disponible ne peut jamais être excédé sont ni plus ni moins les deux art. 1094 et 1098. Mais laissons aussi cet argument, et nous trouverons encore dans les travaux préparatoires (à part même ces mots de M. Berlier, *et point du second,* qui réfutent si bien déjà le système opposé) des documents péremptoires.

Après la communication officieuse de notre titre au Tribunat, celui-ci proposa formellement le changement de notre deuxième alinéa; il demandait précisément que l'on admît le système présenté aujourd'hui par M. Benech, et cette proposition fut rejetée par le Conseil (Fenet, XII, p. 467). — M. Benech essaye d'échapper à la conséquence de ce fait en disant que notre alinéa avait déjà le sens proposé par le Tribunat, et qu'il s'agissait seulement d'une rédaction plus claire. La réponse n'est pas heureuse; car voici le motif que la section de législation donnait à sa demande : « La Section *pense qu'il est juste* qu'un époux PUISSE DONNER à l'autre *autant qu'il pourrait donner à un étranger.* » (*Ibid.*) L'entendez-vous? si la section propose ce changement, ce n'est pas parce que le droit pour l'époux de donner à son conjoint autant qu'à un étranger sera plus clairement exprimé, c'est parce qu'elle pense qu'il serait juste *de lui donner ce droit,* que le projet ne lui donnait pas; et cette demande est repoussée par le conseil d'État... Aussi, après le maintien définitif de notre disposition, et quand le projet fut communiqué au Tribunat officiellement, le rapport fait *au nom de la section qui avait demandé le changement* disait : « S'il reste des enfants du mariage, l'époux NE *peut avoir* QUE le quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement; *si la disposition avait excédé ces bornes,* ELLE SERAIT RÉDUITE. » (1) Est-ce assez clair?

Enfin, l'Exposé des motifs reproduit nettement la même idée, non pas une fois, mais deux fois de suite. — D'abord, après avoir dit que « quand l'époux ne laisse pas de postérité, il peut donner à l'autre époux tout ce qu'il pourrait donner à un étranger, et en outre l'usufruit du surplus », il ajoute que « s'il laisse des enfants, les donations NE *pourront comprendre* QUE *le quart des biens en propriété* », etc. — Un peu plus loin, développant ces deux idées, il nous dit que, quand il n'existe que des ascendants, comme l'inquiétude et l'affection de chaque époux se portent plutôt alors sur celui des deux qui survivra que sur les parents qui doivent lui succéder, c'est suivre le cours des affections que de laisser à l'époux non-seulement la liberté de donner au conjoint tout ce qu'il pourrait donner à un étranger, mais aussi la faculté d'y ajouter l'usufruit du surplus; mais qu'il en est autrement quand l'époux laisse des enfants : *lors même qu'il se croit assuré que l'autre époux*

(1) Fenet (t. XII, p. 572, 573 et 621); Riom, 8 mars 1842; Montpellier, 8 fév. 1843; Rejet, 3 déc. 1844 (Dev., 42, II, 254; 43, II, 220; 45, I, 277). — Voir aussi nos observations nouvelles dans la *Revue critique* (en cherchant à la table du t. II, v° Quotité dispon. entre époux), et *Dict. not.* (v° Portion disp., n°s 211 et suiv.).

survivant ferait de la fortune l'emploi le plus utile à ces enfants, comme les devoirs de la paternité sont personnels, et que *l'époux donateur y manquerait s'il les confiait à un autre,* IL NE POURRA... LAISSER A L'AUTRE ÉPOUX QUE... *la quotité fixée à un quart des biens en propriété,* etc. Et on ajoute immédiatement : *Après avoir* BORNÉ AINSI *la faculté de disposer,* il ne restait plus, etc. (1). Le point de savoir si notre article est ou non *limitatif* n'est certes plus une question en présence de tout ceci.

La pensée de la loi est donc parfaitement certaine; l'opinion des honorables professeurs de Paris, de Toulouse et de Strasbourg, manifestement inexacte; et c'est avec raison que les trois arrêts rendus sur la question depuis la publication de M. Benech et la conversion de M. Duranton ont prononcé dans le sens de la majorité des auteurs (2).

II. — 339. Ainsi, l'époux qui meurt en laissant des enfants a pu donner à son conjoint, second auteur de ces enfants, soit par son contrat de mariage, soit par un acte entre-vifs fait pendant le mariage, soit par testament, un quart de propriété, plus un quart d'usufruit, ou bien une moitié en usufruit; et il n'a pas pu lui donner davantage.

On ne comprend pas trop au premier abord cette alternative, dont le second membre est compris dans le premier et se trouve plus étroit que lui : dire que je puis donner à mon conjoint un quart d'usufruit avec un quart de propriété, c'est dire que je puis lui donner un quart d'usufruit avec un autre quart d'usufruit et un quart de propriété nue, en d'autres termes, une moitié d'usufruit et un quart de nue propriété; mais si je puis lui donner moitié en usufruit avec un quart de nue propriété, à quoi bon me dire ensuite que je puis lui donner moitié en usufruit?... La réponse, que Delvincourt, M. Duranton (IX, 788) et bien d'autres ont cherchée sans succès, se trouve, on l'a vu, dans les travaux préparatoires du Code. On sait que l'art. 17 du projet Jacqueminot (dont notre art. 1094 formait l'art. 151) fixait pour les dispositions d'usufruit une quotité entièrement calquée sur celle de la propriété même; en sorte que, bien que l'usufruit vaille beaucoup moins que la propriété, puisqu'il n'en est qu'un démembrement, cependant celui qui pouvait donner un tiers ou un quart de propriété ne pouvait donner également qu'un tiers ou un quart d'usufruit pur. La règle portée ici pour l'époux était donc alors parfaitement analogue au système de quotité disponible ordinaire : cet époux pouvait, en propriété, donner *un quart* (en y ajoutant un quart d'usufruit) ; il ne pouvait donner en usufruit que ce même quart (en y ajoutant toujours l'autre quart, ce qui faisait deux quarts d'usufruit, ou moitié).

Cette règle, en ce qui touche la quotité disponible ordinaire, n'a pas été admise dans le Code; elle y a été remplacée par la disposition de l'art. 917, qui permet au donateur de donner en usufruit tout ce qu'il voudra, sauf le droit pour ses réservataires d'empêcher l'exécution de la libéralité, en offrant de livrer en remplacement toute la

(1-2) *Voy.* la note précédente.

pleine propriété disponible. Mais, en supprimant la règle du projet pour la quotité disponible ordinaire, on l'a maintenue entre époux dans notre article, qui, comme on l'a vu au numéro précédent, n'a jamais été modifié depuis sa première rédaction. Donc, l'époux qui aurait reçu de son conjoint une libéralité, en usufruit, des deux tiers, des trois quarts, ou de toute autre fraction plus forte que la moitié, ne pourra pas exiger que les enfants lui laissent la libéralité entière ou lui abandonnent un quart d'usufruit avec un quart de pleine propriété ; il sera tenu de subir la réduction de sa donation ou de son legs d'usufruit, et de s'en tenir à un usufruit de moitié.

Ce résultat, on le pense bien, n'est pas admis par M. Benech (p. 436-445). Partant du principe, réfuté plus haut, que notre art. 1094 n'a pour but que d'étendre au profit de l'époux la quotité disponible ordinaire, en laissant permis pour lui tout ce qui l'est pour des étrangers, il est clair que le savant professeur doit faire jouir l'époux donataire du bénéfice de l'art. 917 ; il est conséquent avec lui-même. On n'en peut pas dire autant de M. R. de Villargues et de M. Dalloz, qui se trouvent ici d'accord avec M. Benech après avoir professé la doctrine contraire à la sienne sur la grande question du numéro précédent. La contradiction de ces deux auteurs se comprend, du reste, quand on voit qu'ils ont négligé d'aller scruter les travaux préparatoires. S'ils l'avaient fait, ils auraient vu que la règle de l'art. 917 ne peut se prendre isolément; qu'elle est et a toujours été, dans ses diverses phases, intimement liée à tout le système, et que la doctrine de M. Benech doit être acceptée pour le tout, ou rejetée pour le tout également. Or, nous avons démontré l'erreur de cette doctrine (1).

III. — 340. Mais de ce que la libéralité faite au conjoint, en usufruit seulement, ne peut jamais être de plus de moitié des biens, et de ce qu'elle serait réductible à cette moitié en cas d'excès, on n'en peut pas conclure assurément qu'il faudrait restreindre à cette moitié en usufruit, sans lui permettre de prendre aussi le quart de nue propriété, l'époux auquel son conjoint aurait déclaré indéfiniment donner *ce dont la loi lui permet de disposer*. C'est là, en effet, donner tout ce qui est disponible, tout ce qu'on pourrait embrasser par la disposition la plus large ; et, par conséquent, l'époux donataire pourrait prendre alors le quart en pleine propriété et le quart en usufruit. L'opinion contraire est une erreur évidente, que Grenier, après l'avoir seul professée dans ses deux premières éditions, a bientôt rétractée (n° 450), pour se ranger au sentiment commun.

Que si l'époux avait dit : « Je donne ou je lègue à mon conjoint un quart de mes biens en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de tous mes biens en usufruit », sans dire si c'est à son conjoint ou à ses héritiers qu'il entend laisser le choix, il ne faudrait pas dire, d'une ma-

(1) *Conf.* Proudhon (*Usufr.*, n° 346); Levasseur (n° 87); Coin-Delisle (n° 8); Amiens, 15 fév. 1827; Bourges, 12 mars 1839; Angers, 8 juill. 1840 (Dev., 39, II, 373; 40, II, 391). Voy. *Dict. not.* (v° Portion disponible, n°s 327 et suiv.).

nière absolue, que le choix appartient aux héritiers, comme fait M. Duranton (IX, 791), ni au conjoint, comme veut M. Vazeille (n° 11). Il est évident, en effet, comme le remarque très-bien M. Coin-Delisle (n° 11), que c'est là une question d'intention, un point de fait, et que ce serait dès lors aux tribunaux à interpréter d'après les circonstances la pensée du disposant.

IV. — 341. C'est une question controversée que de savoir si l'époux qui donne à son conjoint tout l'usufruit dont il peut disposer en présence d'héritiers réservataires (c'est-à-dire l'usufruit de la moitié de ses biens, en cas d'enfants ; et en cas d'ascendants, l'usufruit des biens réservés à ces ascendants) (1) peut valablement dispenser ce conjoint de fournir la caution due en principe par tout usufruitier (2).

On dit pour la validité que la caution à fournir par l'usufruitier n'est pas due par la nature même des choses, mais seulement par la volonté particulière du législateur, par la règle positive de l'art. 601, et que cette règle n'étant formulée que pour le cas où il n'y a pas de dispense, puisqu'elle dit : « l'usufruitier donne caution s'il n'en est dispensé », le fait que la dispense est accordée fait disparaître la règle... Cette interprétation de l'art. 601 nous paraît erronée. L'article ne dit pas que la dette de caution disparaîtra, pourvu qu'il y ait dans l'acte une clause de dispense ; il dit qu'elle disparaîtra si l'usufruitier *est dispensé* par cet acte. Or, précisément les réservataires prétendent ici que la clause de dispense n'est pas valable, qu'elle ne peut produire effet, que légalement le conjoint *n'est pas dispensé*. Il faut donc, si l'on ne veut pas faire un cercle vicieux, laisser de côté cet argument, et voir, d'après les principes généraux, si la dispense doit ou non produire son effet. Or, la négative ne nous paraît pas douteuse. En effet, dispenser un usufruitier de fournir caution, c'est exposer à une ruine partielle ou même totale (surtout pour des meubles) la nue propriété des biens ; or, il est évident qu'on ne peut soumettre à une pareille éventualité que les biens dont on a la libre disposition. Donc la dispense d'un disposant ne peut être valable que pour les biens dont la nue propriété ne fait pas partie de la réserve légale. D'après ce principe, qui nous paraît incon-

---

(1) La donation faite par un époux au profit de son conjoint peut être réputée comprendre l'usufruit de la réserve attribuée aux ascendants, alors même que l'intention de priver l'ascendant de cet usufruit n'est pas formellement exprimée, si, d'ailleurs, l'étendue de la disposition de l'usufruit faite au profit de l'époux ne peut se concilier avec l'usufruit de l'ascendant. Cass., 24 avr. 1854 (Dev., 54, I, 430; Dall., 54, I, 256). *Voy.* aussi Cass., 19 mars 1862 (Dev., 62, I, 1073; Dall., 63, I, 27).

(2) *Aff.* Delaporte (art. 1094); Orléans, 19 déc. 1822; Rouen, 13 juin 1840; Rejet, 17 mai 1843 (Dev., 43, I, 481); Rouen, 2 fév. 1855; Paris, 7 avr. 1858, 21 mai 1859; Pau, 19 janv. 1860; Cass., 26 août 1861, 12 mars 1862; Bourges, 12 déc. 1862; Pau, 2 juin 1862 (Dev., 55, II, 497; 58, II, 521; 59, II, 319; 60, II, 326; 61, I, 829; 62, I, 413; 63, II, 28; Dall., 56, II, 51; 59, II, 180; 61, I, 394; 62, I, 128; Aubry et Rau (V, § 679, p. 546 et note 5). — *Nég.* Proudhon (*Usuf.*, n° 824); Duranton (IV, 811); Dalloz (*Usuf.*, ch. 1, sect. 3); Zachariæ (II, p. 9); Coin-Delisle (n° 12); Demolombe (X, n° 493); Massé et Vergé (II, § 307 et note 16); Nancy, 21 mai 1825; Douai, 20 mars 1833; Paris, 9 nov. 1836; Rouen, 24 fév. 1842; Douai, 18 mars 1842 (Dev., 33, II 196; 36, II, 526; 42, II, 249; 43, II, 9); Orléans, 23 fév. 1860 (Dev., 60, II, 366).

testable, la dispense accordée au conjoint par un époux qui, laissant des enfants, n'a donné qu'une moitié en usufruit, aura son effet *pour un quart,* c'est-à-dire pour moitié de la disposition, puisqu'*un quart* de nue propriété était disponible aux mains du disposant.

Mais nous n'avons pas besoin de dire que la caution ne serait plus due si l'héritier du disposant était l'enfant du bénéficiaire, et que cet enfant n'eût pas dix-huit ans. Alors, en effet, ce ne serait plus comme donataire que le conjoint prendrait l'usufruit, ce serait comme usufruitier légal; or, qu'importe que la dispense écrite dans la disposition soit nulle, quand l'usufruitier en trouve une autre écrite dans la loi? Il ne lui en faut pas deux... Bien entendu, quand l'enfant aura ses dix-huit ans, ou si le conjoint perd autrement son usufruit légal, on rentrera de suite et pour la durée ultérieure de l'usufruit sous la règle que nous avons indiquée.

V. — 342. Nous nous occuperons plus loin, sous l'art. 1100, en terminant cette matière de la quotité disponible entre époux, des difficultés que fait naître la combinaison de cette quotité disponible spéciale avec la quotité disponible ordinaire.

1098. — L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens.

SOMMAIRE.

I. Origine romaine de cette disposition. — Elle s'applique pour un enfant ou un descendant unique comme pour plusieurs. Elle ne frappe que les donations faites au nouvel époux pendant le nouveau mariage ou en vue de ce mariage: inexactitude de Toullier.
II. Comment se calcule la part d'enfant le moins prenant.
III. Du cas où la personne ayant enfant se remarie plusieurs fois.
IV. L'excès donnerait lieu à une simple réduction : erreur de M. Coin-Delisle.
V. La réduction ne peut être demandée que par les enfants du précédent mariage; mais elle profite aux autres : dissentiment avec les auteurs.

I. — 343. Les seconds et subséquents mariages ont toujours été vus, et avec raison, d'une manière défavorable, alors surtout qu'il existe des enfants d'une union antérieure. Sans jamais les interdire, nos divers législateurs, pour ce cas d'enfants d'un lit précédent, n'ont pas craint de les entraver pour protéger les intérêts pécuniaires de ces enfants. Deux lois romaines (*Feminæ quæ... Hâc edictali lege...* Cod., l. V, t. IX, 3 et 6), suivies dans nos provinces de droit écrit, avaient défendu aux veuves ayant des enfants, l'une, de donner à leurs nouveaux époux (et même d'aliéner au profit de tous autres que ces enfants) les biens provenant de leur précédent mari; l'autre, de faire à ces nouveaux époux des libéralités plus fortes que la part prise dans leur succession par l'enfant le moins avantagé. Un édit de juillet 1560, dû au chancelier de l'Hospital et connu sous le nom d'*Édit des secondes*

noces, rendit ces deux règles communes à toute la France. — Le Code n'a pas fait revivre la première disposition; mais notre article reproduit la seconde, en ajoutant même à la sévérité de l'édit, puisqu'il ne permet pas que les donations dépassent jamais le quart des biens. Cet article, au surplus, a soin de mettre l'homme sur la même ligne que la femme, et d'éviter ainsi le vice de rédaction de l'édit, qui ne parlait que des *femmes veuves,* et n'avait été étendu aux maris que par la doctrine et la jurisprudence (1).

Quoique l'article parle d'un homme ou d'une femme ayant *des enfants,* il est évident, et tout le monde reconnaît, qu'il doit s'appliquer pour un seul enfant aussi bien que pour plusieurs, et pour des petits-enfants ou autres descendants aussi bien que pour des enfants du premier degré.

344. Il est évident aussi qu'il ne s'agit que des donations faites par une personne veuve (et ayant un ou plusieurs descendants d'un précédent mariage) *à son nouvel époux,* c'est-à-dire à celui qui est actuellement son conjoint, ou avec lequel une union prochaine est arrêtée... Il sera quelquefois douteux de savoir si la donation faite avant le mariage l'a été en considération de ce mariage : deux personnes ont pu se faire une libéralité et s'épouser plus tard, quoiqu'elles n'eussent au moment de la donation aucune idée de s'unir; il se pourrait, au contraire, qu'elles n'eussent fait la donation hors du contrat de mariage et avant ce contrat que pour frauder la loi et échapper à la règle de notre article. Il est clair que, dans ce cas de doute, il n'y aura jamais qu'une question de fait que les tribunaux décideraient par les circonstances. « Est-ce, oui ou non, en vue du mariage qu'elles ont contracté plus tard, que ces personnes ont fait la donation? » — Au reste, il ne faut pas oublier que la présomption est toujours en faveur de la bonne foi, jamais pour la fraude; et nous n'aurions pas même songé à rappeler ici ce principe élémentaire, si nous ne lisions dans Toullier que notre article s'appliquera soit « que la donation ait été faite pendant le mariage ou par contrat de mariage, *ou même auparavant, à moins que les circonstances ne fissent voir la bonne foi.* » (V, n° 876.) Il est évident qu'il faut prendre le contre-pied de cette proposition, et dire que l'article *ne s'appliquera pas* aux donations faites avant le contrat de mariage, *à moins que les circonstances ne fassent voir la mauvaise foi.* Il est bien vrai que le court intervalle de temps serait une circonstance qui pourrait suffire à elle seule pour faire voir la mauvaise foi; mais il n'en est pas moins vrai que la bonne foi doit toujours se présumer et produire ses effets jusqu'à ce que la mauvaise foi soit prouvée (2).

II. — 345. La loi permet de donner au nouvel époux une part d'enfant le moins prenant, pourvu que la donation ne dépasse pas d'ailleurs le quart des biens.

---

(1) Voir cet édit, sous notre article, au *Code Tripier.*
(2) Voy. *Dict. not.,* v° Noces (Secondes), n°s 21 et suiv.

D'abord, on peut donner *une part d'enfant*, ce qui signifie évidemment que le nouveau conjoint peut être compté pour un enfant de plus. Ainsi l'époux qui laisse en mourant quatre enfants a pu donner à sa seconde femme, non pas un quart, mais un cinquième. En effet, les quatre enfants et l'épouse prenant ainsi un cinquième chacun, cette épouse aura vraiment une part d'enfant; tandis que si elle prenait un quart, les quatre enfants n'ayant plus que trois quarts à se partager entre eux, chacun d'eux aurait moins que l'épouse, qui recevrait ainsi plus qu'une part d'enfant. D'après ce principe, l'époux pourra recevoir un quart avec trois enfants, un sixième avec cinq, un septième s'il y en a six, et ainsi de suite.

Mais on ne peut donner qu'une part d'enfant *le moins prenant*. Si donc l'un ou plusieurs des enfants sont avantagés par un préciput, en sorte que ces divers enfants aient des parts inégales, le nouveau conjoint ne pourra jamais avoir plus que celui des enfants qui aura le moins. Ainsi, supposons six enfants et 80000 francs de patrimoine; le père, qui peut disposer d'un quart ou de 20000 francs (art. 913), ne pourrait pas en donner 5000 à l'un de ses enfants et 15000 à sa seconde femme; car, de cette manière, l'un des enfants ayant 15000 et chacun des cinq autres 10000 francs seulement, la femme en prenant 15000 francs aurait autant que celui des enfants qui a le plus. Si le père veut disposer de ses 20000 francs, il n'en peut donner que la moitié, 10000 à sa femme, en plaçant les 10000 autres où il voudra, mais ailleurs. Il est évident, au surplus, que la part d'enfant le moins prenant, qui ne peut être dépassée par la libéralité faite au conjoint, n'est pas celle qu'un enfant pourrait avoir *en fait*, mais celle *qu'il doit avoir* d'après la loi; s'il plaît à un enfant de se contenter d'une valeur moindre que sa part de réserve, et de ne pas demander une réduction qu'il ne tient qu'à lui d'obtenir, c'est son affaire, et les droits de l'époux n'en peuvent pas souffrir.

Enfin, il faut que la libéralité ne dépasse jamais le *quart des biens*. Ainsi, en laissant 60000 francs, et deux enfants, le père ne pourrait pas, en attribuant 20000 francs à chacun de ses deux enfants, donner les 20000 autres à sa seconde femme; car elle aurait ainsi le tiers des biens. Le plus qu'il puisse lui donner alors, c'est 15000 francs.

346. Pour fixer la part d'enfant, il est bien clair qu'il ne faut pas compter seulement les enfants du premier lit, mais tous les enfants que laisse le donateur; en sorte que ce n'est pas au moment qu'il fait la donation, mais seulement après son décès, que l'on sait ce qu'il a pu donner. Réciproquement, si des enfants existants lors de la donation se trouvaient, lors du décès de l'époux, prédécédés ou frappés de mort civile, et qu'ils ne fussent pas représentés dans la succession par leurs propres descendants, ils ne compteraient pas. Que si des petits-enfants venaient les représenter, le résultat resterait le même que s'ils n'étaient pas morts. Ajoutons que si, tous les enfants du premier degré étant morts, les petits-enfants, au lieu d'user de la représentation, ve-

naient de leur chef, la seconde épouse n'en aurait pas moins droit à ce qu'elle aurait eu si ces enfants avaient vécu (1). Supposons trois enfants qui prédécèdent en laissant chacun deux petits-enfants; les six petits-enfants ne pourraient pas (en disant qu'ils viennent de leur chef prendre chacun leur part égale de la succession) prétendre que l'épouse ne doit avoir qu'un septième : celle-ci aura toujours droit à un quart, et les six petits-enfants se partageront les trois autres quarts. Cette femme, en effet, a droit à une *part d'enfant* et non à une part de petit-enfant : si la mort des enfants n'augmente pas son droit et le disponible du père, elle ne peut pas du moins les diminuer (*voy.* art. 913, n° I).

347. Il nous paraît évident, au surplus, que parmi ces enfants ou descendants, on ne compterait pas ceux qui seraient écartés de la succession comme indignes, ni même ceux qui renonceraient (2). C'est une conséquence de ce principe que nous avons établi sous l'art. 913, n° V, que les descendants renonçants ne doivent jamais compter pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve. Il est vrai qu'autrefois les renonçants étaient admis, même dans les pays de coutumes, à réclamer la réserve spéciale de l'*Édit des secondes noces,* et comptaient dès lors pour fixer la part à prendre par l'époux donataire, quoique ces coutumes, en toute autre circonstance, refusassent la réserve aux renonçants. Mais il n'y a rien à conclure de là pour notre Code Napoléon, malgré l'opinion contraire de Chabot (*Quest. trans.*) et de Grenier (n° 706).

En effet, on sait que le droit romain, suivi autrefois dans nos pays de droit écrit, regardait la réserve, non comme une partie de la succession due à l'enfant héritier, en tant qu'héritier, mais comme un droit spécial, appartenant à l'enfant par sa qualité même d'enfant. La réserve particulière créée par la loi *Hâc edictali* fut donc soumise à ce principe général; et comme l'*Édit des secondes noces* (2) ne fit qu'étendre aux pays de coutumes la règle de cette loi *Hâc edictali*, ces pays acceptèrent cette règle telle qu'elle existait et sans la soumettre aux principes de la réserve ordinaire... Aujourd'hui que notre législateur ne reconnaît plus ni droit romain ni édits, aujourd'hui que les diverses dispositions de la loi, quelle que soit leur source première, ont toutes la même portée, descendent toutes de la même autorité, et s'harmonisent entre elles avec une parfaite homogénéité, il est clair que la réserve organisée pour ce cas particulier ne peut pas avoir une autre nature que la réserve ordinaire; et puisque celle-ci n'est due qu'aux héritiers (ainsi que nous l'avons prouvé sous l'art. 913, n° IV), c'est donc seulement quand l'enfant se porte héritier qu'il peut réclamer celle dont il s'agit ici, et qu'on le doit compter pour fixer la portion disponible envers le second conjoint.

348. On comprend, du reste, que la portion de biens que notre ar-

---

(1) Voy. *Dict. not.*, v° Noces (Secondes), n° 19.
(2) Nous avons dit que cet édit se trouve sous l'art. 1098 du *Code Tripier*.

ticle déclare disponible pour le nouveau conjoint peut lui être attribuée par donation ou par testament, à titre particulier ou à titre universel, par une donation de biens présents comme par une donation de biens à venir. Ainsi, quand j'ai quatre enfants, je puis valablement donner ou léguer à ma seconde femme soit *une somme* d'argent, représentant la valeur du cinquième de mes biens; soit *telle maison,* ou telle ferme, ou tel autre objet dont la valeur ne dépasse pas cette même fraction; soit, déterminément, *le cinquième* de mon patrimoine; soit enfin, indéfiniment, *une part d'enfant*. Dans les deux premiers cas, la disposition est à titre particulier; dans les deux autres, elle est à titre universel. Dans le troisième cas, l'objet de la libéralité est immédiatement fixé, et quoiqu'il dût forcément diminuer s'il me survenait de nouveaux enfants et que ma succession fût acceptée par cinq ou six au lieu de quatre, elle ne pourrait cependant pas augmenter, et elle ne serait toujours que du cinquième, quand même il s'agirait d'un testament et que je ne laisserais à ma mort qu'un ou deux enfants, ou même aucun enfant; c'est évident, puisque j'ai déclaré seulement donner *un cinquième* de ma fortune. Quand, au contraire, j'ai déclaré donner *une part d'enfant,* il est clair que si l'objet de la disposition peut diminuer, il peut réciproquement augmenter aussi; et ma seconde femme, qui n'aura qu'un cinquième si mes quatre enfants me survivent et acceptent ma succession, et qui aurait moins encore si ce nombre d'enfants héritiers augmentait, aurait, au contraire, un quart si l'un ou plusieurs de mes quatre enfants faisaient défaut.

Que si, dans ce même cas, tous mes enfants mouraient avant moi ou renonçaient à ma succession, quel serait l'effet de cette disposition d'une part d'enfant? Il est clair qu'il n'y aurait plus de part d'enfant, puisqu'il n'y aurait plus d'enfants; mais, comme le don d'une *part d'enfant* ne peut jamais avoir une signification plus étendue que celle-ci : *la part la plus large qu'un second époux puisse avoir en présence d'enfants d'un lit précédent,* cet époux n'aurait toujours que le quart. Il en serait autrement, bien entendu, si le disposant avait donné tout ce qui se trouverait disponible à sa mort; si, dans ce cas, il n'y avait que des enfants du mariage et aucun enfant du lit précédent, l'époux aurait un quart en propriété, plus un quart d'usufruit; et s'il ne restait d'enfants d'aucun lit, l'époux prendrait tous les biens disponibles au profit d'étrangers et l'usufruit des autres (art. 1094).

Ce ne sont là, au surplus, que des questions d'intention. Ainsi, dans le cas d'une disposition ayant pour objet *le disponible,* ou bien *une part d'enfant,* si le disposant n'avait formellement parlé, ou si les tribunaux décidaient, en fait, qu'il n'a entendu parler que de la portion qui se trouvait disponible au moment qu'il parlait, ou d'une part d'enfant telle qu'elle serait d'après l'état actuel de sa famille, il est clair que l'époux gratifié ne pourrait jamais avoir rien au delà. C'est également par les termes de la disposition et en fait que l'on déciderait, dans le cas d'une donation faite entre-vifs et par le contrat de mariage, si la donation est de biens présents et indépendante de la condition de survie

(art. 1092), ou seulement de biens à venir, et soumise à la caducité par le prédécès du donataire (art. 1089-1093) (1).

349. Une dernière observation importante à faire sur cette partie de notre article, c'est que l'époux donataire ou légataire d'une part d'enfant ou d'une fraction déterminée des biens aura nécessairement le droit, pour fixer l'importance de la portion à laquelle il est appelé, de comprendre dans la masse tous les biens sujets à rapport. Ainsi, le défunt laisse trois enfants et un époux donataire du quart de ses biens; il meurt propriétaire de 100 000 francs, mais il en a donné 60 000 à deux de ses enfants sans dispense de rapport; il est clair que l'époux pourra prendre son quart, non pas seulement sur les 100 000 francs restant au suppôt de la succession, mais bien sur les 160 000 francs qui forment réellement la masse partageable. En vain on lui opposerait l'art. 857, qui déclare que tout autre qu'un héritier ne peut demander le rapport ni en profiter. Non, sans doute, le donataire ne pourra pas demander le rapport; et si les biens restant au décès étaient insuffisants pour fournir son quart, il ne pourrait pas exiger que les rapports fussent faits pour le lui compléter. Sans doute encore il ne pourrait pas profiter du rapport fait pour se payer de ce quart. Mais il pourra, sans demander ce rapport à faire ni profiter du rapport fait, argumenter de ce rapport pour calculer son quart et lui donner toute l'étendue qu'il doit avoir (*voy.* article 857, n° III) (2).

III. — 350. C'est un point controversé, et très-délicat en effet, que de savoir comment doit s'entendre la règle de notre article, quand il y a plusieurs convols successifs de l'époux ayant des enfants d'un premier lit.

M. Duranton (n° 804) pense que la quotité fixée par l'article peut être donnée en entier *à chacun* des subséquents époux, pourvu, bien entendu, que la réunion de ces diverses donations (en y ajoutant encore, cela va sans dire, les donations qui auraient pu être faites à d'autres personnes) ne dépasse pas le disponible ordinaire de l'art. 913. Ainsi, celui qui, ayant un enfant de son premier mariage, donne un quart de sa fortune à sa seconde femme, pourrait encore, s'il n'a pas fait d'autres dispositions, donner un second quart à une troisième épouse. — Tous les autres auteurs enseignent, au contraire, que les conjoints successifs ne peuvent recevoir, à eux tous, que la quotité qui est ici déterminée. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus, la troisième épouse ne pourrait rien recevoir après que la seconde a reçu le quart qui forme le *maximum* de cette quotité. De même, celui qui a donné à sa seconde épouse une part d'enfant (un cinquième avec quatre enfants, un sixième avec cinq, etc.) ne pourrait plus rien donner à la troisième.

Quoi qu'on en ait pu dire de part et d'autre, il nous paraît certain que ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes ne peut être ni appuyé ni com-

---

(1) Voy. *Dict. not.*, v° Noces (Secondes), n°s 33 et suiv.
(2) Voy. *Dict. not.*, v° Noces (Secondes), n°s 49 et suiv.

battu par le texte de notre article, et que c'est ailleurs qu'il faut chercher la pensée du législateur.

351. D'abord, M. Duranton fait remarquer en vain que la loi permet à celui qui contracte un second ou *subséquent* mariage de donner la quotité dont il s'agit *à son nouvel époux*. Sans doute la loi parle d'un second ou *subséquent* mariage, car le cas peut se présenter aussi bien pour une troisième ou une quatrième union que pour une seconde, et elle parle aussi de donner cette quotité tout entière à un seul époux (troisième ou second, peu importe); mais la loi ne sous-entend-elle pas tout naturellement que cette quotité n'est pas déjà épuisée?... Le texte parle de donner toute la quotité à un seul conjoint; c'est vrai. Il suppose que cet époux peut être le troisième ou le quatrième, comme le second; c'est encore vrai. Mais remarquez bien que ce texte suppose aussi *faite une seule fois* cette donation du tout à un seul conjoint; car il ne parle pas du second *et* subséquent *mariage* pour permettre d'attribuer la quotité à *chaque* nouvel époux... Il n'y a donc rien à induire des termes de la loi en faveur de ce premier système.

M. Demante, au contraire, a pensé que le texte suffisait pour conduire à une solution différente; et sans se prononcer sur le second système (qu'il pose seulement en question, comme tous les points controversés), il trouve que les termes de la loi suffisent du moins pour rejeter celui de M. Duranton. « Quelque parti qu'on prenne sur cette question, dit-il, les nouveaux époux ne pourront jamais, entre eux tous, recevoir plus du quart; puisque la loi, supposant plusieurs donations, veut qu'en aucun cas ces donations n'excèdent le quart. » (T. II, n° 512, 4°.) Ainsi, d'après le savant professeur, la fin de notre texte trancherait la moitié de la question; il serait formellement établi que les conjoints successifs ne peuvent jamais recevoir à eux tous au delà du quart; et le seul point en litige serait de savoir s'ils ne peuvent pas avoir néanmoins, entre eux tous, au delà d'une part d'enfant. Si l'on répondait affirmativement, on aurait un troisième système, tenant le milieu entre celui de M. Duranton et celui des autres auteurs : avec six enfants, par exemple, l'époux qui a donné à sa seconde femme la valeur d'une part d'enfant, c'est-à-dire la valeur d'un septième des biens, pourrait encore donner à la troisième la différence d'un septième à un quart... Mais l'interprétation que M. Demante donne aux mots *dans aucun cas ces donations,* ne nous paraît pas mieux fondée que celle que nous avons rejetée pour les mots *un second ou subséquent mariage... à son nouvel époux.* Si les mots *ces donations* peuvent signifier plusieurs donations faites par *un seul époux* à divers conjoints, comme le croit M. Demante, ils peuvent bien signifier aussi (en exprimant au pluriel la même idée que le commencement de l'article a exprimée au singulier) les donations que feront à leurs nouveaux conjoints *tous les époux* convolant à de nouvelles noces : *ces donations, cette espèce de donations, les donations faites dans le cas dont on vient de parler.* De même, si les mots *dans aucun cas* peuvent faire allusion au cas de plusieurs donations par un même époux à divers conjoints, et signifier

que le quart ne pourra pas plus être dépassé pour ces donations faites à plusieurs que pour les donations faites à un seul, ils peuvent bien aussi ne faire allusion qu'au cas où la part d'enfant serait de plus du quart, et n'être mis que comme restriction à la règle qui permet de donner cette part d'enfant. Ce second sens est évidemment possible; et cette seule possibilité suffirait pour mettre tout en question et faire tomber la certitude que M. Demante croyait pouvoir offrir.

Mais ce second sens est plus que possible; il est très-probable, il est presque certain; puisque la dernière phrase de l'article n'y a été insérée que sur la demande de M. Berlier, et que celui-ci l'a demandée uniquement pour restreindre la règle principale relative à la part d'enfant, et pour empêcher que le second époux n'eût jamais plus du quart (Fenet, XII, p. 417 et 439). A son tour, l'Exposé des motifs entend les mots *ces donations* comme exprimant les libéralités que des époux font à un seul conjoint nouveau, et non celles qu'un époux ferait à plusieurs conjoints successifs : « Il a été réglé que *les donations* au profit *du nouvel époux* ne pourront excéder une part d'enfant, et que *dans aucun cas ces donations*... » (*Ibid.*, p. 573.) Rien donc n'autorise à penser qu'en ajoutant après coup la phrase finale de l'article, les rédacteurs aient songé à l'idée que M. Demante leur suppose; tout porte à croire le contraire.

352. Reconnaissons donc que le débat qui divise M. Duranton et les autres interprètes du Code ne trouve aucun élément de décision dans le texte, comme il n'en trouve aucun non plus dans les discours du conseil d'État, du Tribunat ou du Corps législatif; reconnaissons que c'est là un de ces cas où les rédacteurs n'ont pas songé à dire ce qu'il était indispensable de dire : que notre article ne parle réellement que des donations faites à un seul conjoint, et qu'il laisse la question indécise pour celles qui s'adressent successivement à plusieurs. C'est précisément ce silence absolu des rédacteurs qui nous a fait dire que ce point est très-délicat.

Mais, en définitive, il faut bien, dans ce silence absolu, rechercher la pensée de la loi, et, à défaut d'une pensée certaine, s'en tenir à celle qui paraîtra plus probable. Or, cette pensée de la loi nous paraît être que la quotité de notre article ne pourra jamais être donnée qu'une seule fois, soit à un seul nouveau conjoint, soit à plusieurs, et que les mots *à son nouvel époux,* comme ceux *l'enfant naturel* dans l'art. 757, embrassent le pluriel aussi bien que le singulier.

Voici ce qui motive notre conviction. Cette règle était celle de l'ancien droit, de l'Édit des secondes noces, et il nous paraît tout naturel que nos rédacteurs aient entendu la conserver. Nous le croyons : 1° parce que, s'ils avaient voulu changer ce point, on rencontrerait quelque part, soit dans le texte du Code, soit dans les travaux préparatoires, la manifestation de cette volonté; 2° parce qu'il n'est pas vraisemblable qu'on ait voulu élargir ainsi l'ancien disponible, alors qu'on le restreignait en ne permettant pas de donner la part d'enfant quand elle dépasserait un quart; 3° enfin, parce qu'au milieu du silence

des rédacteurs on rencontre cependant un mot qui laisse percer cette intention de continuer sur ce point la règle préexistante : l'Exposé des motifs nous dit que « on a *maintenu* cette sage disposition. » (Fenet, XII, p. 573.) (1)

IV. — 353. La libéralité qui excède la quotité permise par notre article n'est pas nulle comme faite par une personne incapable, elle est seulement réductible lors du décès du disposant, s'il existe lors de ce décès des enfants du lit précédent acceptant la succession.

En effet, notre article ne constitue pas une règle de capacité, un statut personnel... On a vu, sous l'art. 3 (nos III et IV), que pour distinguer si une loi est réelle ou personnelle il faut ne tenir aucun compte de ses termes, de sa tournure de phrase, et rechercher en allant au fond des choses quel est le but définitif que s'est proposé le législateur. Or, il est bien clair qu'ici le but définitif, l'idée capitale, n'est pas de rendre les nouveaux époux *incapables* de se donner au delà de telle fraction, puisque, en retirant les enfants, nous les trouverons capables de se donner *plus qu'à des étrangers,* et qu'en retirant tous les héritiers à réserve, nous les trouverons capables de se donner *tous leurs biens*. Il ne s'agit donc ici, comme dans l'art. 908, comme dans les art. 913-916, que de la disponibilité des biens et de la conservation de ces biens à certains héritiers. C'est donc un statut réel. Qu'importe que l'article dise : *l'homme ou la femme ne pourra donner,* puisque les termes sont indifférents? est-ce que l'art. 908 ne dit pas aussi : *les enfants naturels ne pourront recevoir?*... M. Coin-Delisle tombe donc dans une grave erreur quand il dit (n° 2) que c'est là une loi personnelle, attendu « qu'elle est conçue en termes négatifs se rapportant à la personne. »

Si c'était là une loi personnelle, une règle de capacité, il s'ensuivrait que, dans le cas d'excès, l'époux a donné ce qu'il était incapable de donner, qu'il a fait une donation qu'il était incapable de faire, et que cette donation est et restera nulle, quoi qu'il puisse arriver plus tard. Au contraire, cette loi étant réelle et présentant une règle de disponibilité des biens, elle amènera l'application de l'art. 920, d'après lequel l'excès donne lieu à une réduction qui ne doit se faire qu'au moment du décès et d'après l'état de la famille à ce moment du décès. Une autre conséquence de la *réalité* de cette règle, c'est qu'elle devra s'appliquer à tous les biens français, alors même qu'ils appartiendraient à des personnes étrangères; et qu'au contraire, elle ne s'appliquera pas aux biens étrangers, quand même ils appartiendraient à des Français (art. 3, n° III).

V. — 354. Puisque la restriction de disponible portée par notre article pour la donation faite au nouvel époux n'est établie que pour le cas d'enfants du lit précédent, il s'ensuit que si ces enfants étaient prédécédés ou morts civilement, la réduction ne serait plus possible. Il en

(1) *Conf.* Delvincourt, Toullier (V, 882); Grenier (n° 712); Vazeille (n° 10); Merlin, *Rép.*, v° Noces (Secondes), § 7, art. 3; Bugnet (sur Pothier, VIII, p. 438); *Dict. not.*, v° Noces (Secondes), n° 24.

serait de même si tous ces enfants renonçaient à la succession du donateur, puisque, n'étant plus héritiers, ils n'auraient plus de réserve à réclamer : on a vu (n° II, 6e alin.) que la règle différente de l'ancien droit, qui accordait la réduction aux enfants pour leur qualité d'enfant et abstraction faite du titre d'héritier, ne saurait être admise sous le Code (1).

Quant aux enfants du mariage dans lequel ou en considération duquel la donation s'est faite, ils ne peuvent jamais demander la réduction, puisqu'elle n'est établie que pour les enfants d'un lit précédent. Il est vrai que si ceux-ci la demandent, les autres en profiteront nécessairement (2), puisque cette réduction fera rentrer les biens dans la succession, et que cette succession se partage également entre tous les enfants du défunt, de quelque lit qu'ils soient (art. 745). Mais de ce que les enfants du nouveau mariage, en leur qualité d'héritiers, ont droit de prendre leur part des biens d'abord donnés, quand ces biens sont réunis dans la succession, il ne s'ensuit nullement qu'ils aient le droit de les y faire mettre. Pour faire rentrer ces biens dans la succession, il faut faire opérer le retranchement de la donation; pour faire opérer ce retranchement, il faut attaquer la donation comme excessive; mais pour critiquer une libéralité comme excédant telles limites, il est clair qu'il faut être du nombre de ceux au profit desquels ces limites ont été posées. Ceci nous paraît évident, et nous regardons comme une erreur la doctrine contraire de la plupart des auteurs (3).

En vain on dit qu'il ne doit pas dépendre des enfants du premier lit d'anéantir les droits des autres en renonçant à l'action. Je puis toujours renoncer à une action qui n'est établie que pour moi; et quant à vos prétendus droits, ma renonciation ne les anéantit pas, puisqu'ils n'existent point et qu'ils ne naîtraient qu'après le retranchement accompli. En vain encore on dit que la fraude serait trop à craindre, et la connivence trop facile entre les enfants du premier lit et le second époux. Les principes du droit ne peuvent pas se briser devant la possibilité de la fraude, mais seulement devant la fraude établie. Quand le juge, en appréciant les faits, en interrogeant les probabilités des circonstances, déclarera qu'il y a fraude, à la bonne heure, on pourra autoriser les enfants du second lit à agir; mais leur accorder l'action en principe, c'est ce qui nous paraît impossible. Aussi, l'art. 1496, prévoyant des avantages indirects faits à un époux au delà des limites de notre article, déclare que, dans ce cas, *les enfants du premier lit* auront l'action en retranchement.

---

(1) *Conf.* Paris, 15 janv. 1857 (Dev., 57, II, 301) ; Aubry et Rau (V, § 690, p. 629 et 630); Massé et Vergé (III, § 461, note 20).

(2) *Conf.* Bordeaux, 16 août 1853 (Dev., 53, II, 753; Dall., 54, II, 23); Aubry et Rau (V, § 690, p. 680) ; Massé et Vergé (III, § 461, note 20); *Dict. not.*, v° Noces (Secondes), n°s 104 et suiv.

(3) Grenier (n° 698) ; Toullier (n° 879); Duranton (n° 817) ; Vazeille (n° 3); Coin-Delisle (n° 8).

1099. — Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus.

Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle.

SOMMAIRE.

I. Entre époux, les libéralités indirectes sont valables, sauf réduction à la quotité disponible; mais celles faites au moyen d'une simulation d'acte onéreux ou d'une interposition de personnes sont nulles.
II. Critique de la doctrine contraire de MM. Duranton et Coin-Delisle.
III. Notre article se réfère aussi bien à l'art. 1094 qu'à l'art. 1098.

I. — 355. La loi, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer sous l'art. 851, n° 1, distingue les donations indirectes de celles qui sont déguisées sous la forme d'un contrat onéreux ou faites avec interposition de personnes. Sans doute, on pourrait embrasser sous ce nom de *donations indirectes* toutes les libéralités qui se font par une voie détournée, par un moyen oblique, quel qu'il soit; en sorte que cette expression s'appliquerait tout aussi bien aux dons déguisés ou faits par personnes interposées qu'à tous autres. Mais tel n'est pas le langage du Code. Il attribue leur nom spécial aux libéralités qui se déguisent sous l'apparence d'un contrat onéreux, ainsi qu'à celles qui se font au moyen d'une interposition de personnes; et il ne laisse le nom de donations indirectes qu'aux libéralités qui, sans s'annoncer franchement et ouvertement comme telles, s'accomplissent pourtant autrement que par l'une ce ces deux voies.

Et notre article ne se contente pas de donner à ces diverses classes de libéralités des qualifications différentes, il les traite aussi différemment quant à leurs résultats. Les simples donations indirectes seront seulement *réductibles* à la mesure du disponible indiqué par les articles précédents; tandis que celles qu'on a cachées sous la forme d'un acte onéreux ou par une interposition de personnes sont *nulles*. Ainsi, quand celui qui ne pouvait pas donner à sa femme plus de 20 000 francs lui a vendu pour 50 000 une ferme qui en valait 80 000, et lui a ainsi donné indirectement 30 000 francs, ce don de 30 000 francs sera réduit d'un tiers. Que si, au contraire, il avait déclaré lui vendre une maison qu'il lui donnait, ou bien s'il avait donné cette maison au père de sa femme, pour que celui-ci la transmît à l'épouse, la donation resterait sans effet, alors même que la maison donnée ne vaudrait pas plus de 20 000 francs. La loi, comme le prouvent et l'art. 1094, et l'art. 1098, et l'art. 1096, et l'art. 1100, a souverainement redouté l'influence des époux l'un sur l'autre; elle a pensé que la simulation de l'acte onéreux et l'interposition des personnes, qui sont les moyens de fraude les plus ordinaires, ne manqueraient pas d'être employées souvent et largement entre époux; et pour en détourner les époux avec plus d'efficacité, elle a énergiquement déclaré que la donation, dans ce cas, resterait sans effet aucun : *lex arctiùs prohibet quod faciliùs fieri putat*. Ainsi, ces donations déguisées ou faites avec interposition, qui, pour toutes autres

personnes, restent valables dans les limites du disponible, seront toujours nulles entre époux.

Cette sévérité est encore utile en ce qu'elle empêche les époux de se faire, au moyen d'une simulation d'acte onéreux ou d'une interposition de personnes, des libéralités qui se trouveraient irrévocables contre le vœu de l'art. 1096. Qu'on ne dise pas, en effet, comme M. Coin-Delisle (n° 5) et un arrêt de Paris (cité plus bas), que ce cas se trouve compris dans le premier alinéa de notre article, lequel, dit-on, en défendant aux époux de se donner par aucun moyen que ce soit *au delà* de ce qui est permis par *les dispositions ci-dessus*, se réfère aussi bien à l'art. 1096 qu'aux art. 1094 et 1098. Le contraire est évident. Il est évident que donner *au delà de ce qui est permis*, c'est donner une quotité plus forte que le disponible : celui qui procure à son conjoint une libéralité qui ne dépasse pas le disponible, mais que les circonstances rendraient irrévocable, celui-là viole la loi en donnant *autrement* qu'il ne pouvait donner, mais non pas en donnant *au delà* de ce qu'il pouvait donner. Donc, si les donations qui, au moyen du déguisement de l'acte ou de l'interposition de personnes, violeraient la règle de l'art. 1096 se trouvent réprimées, ce n'est pas par notre premier alinéa, mais seulement par le second (1).

II. — 356. Tout le monde, cependant, n'admet pas notre doctrine. M. Duranton (IX, 831) et M. Coin-Delisle (n[os] 14 à 26) enseignent que les libéralités faites entre époux au moyen d'une interposition de personnes ou d'une simulation d'acte onéreux ne sont pas nulles, mais seulement réductibles comme toutes autres. Ils disent que les donations dont parle notre deuxième alinéa sont évidemment aussi des donations indirectes ; que, dès lors, elles sont comprises dans la disposition générale de l'alinéa 1[er], qui en admet l'efficacité jusqu'à concurrence du disponible ; que ce second alinéa n'entend les déclarer nulles que pour ce qui dépasse le disponible, et qu'il n'est en définitive que l'explication et le développement de l'alinéa 1[er].

Mais si ce second alinéa avait dû seulement reproduire identiquement la règle du premier, pourquoi donc l'aurait-on écrit? Pourquoi, dans un même article, écrire la même règle deux fois dans deux alinéa successifs?... Et maintenant, pourquoi dire que la donation sera *nulle*, si on avait seulement voulu dire qu'elle serait réductible et sujette à retranchement? Est-ce que jamais le Code a employé les expressions *nulle, nullité, annuler*, pour indiquer des cas de réduction? Qu'on lise les art. 920 à 930, 1496, 1517, 1595 et tant d'autres, on y verra que les rédacteurs n'y emploient jamais d'autres termes que *retrancher* ou *réduire*. Évidemment, quand le Code nous a dit, dans une première disposition, que les dons faits indirectement ne vaudront que dans la mesure du disponible, il est clair qu'il entend dire autre chose en ajou-

(1) Voy. *Dict. not.*, v° Donation déguisée, n° 23, et v° Noces (Secondes), n° 92.

tant que ceux qui sont faits par simulation d'un acte onéreux ou par interposition de personnes seront nuls.

357. En vain on ferait remarquer, comme MM. Duranton et Coin-Delisle, que l'art. 911 se sert bien aussi de l'expression *nulle* pour la libéralité faite (par simulation d'acte onéreux ou par interposition de personne) à un incapable; et que, cependant, tout le monde reconnaît bien que la nullité dans ce cas n'a pas nécessairement lieu pour le tout, mais seulement pour ce qui excède la capacité du donataire. Sans doute, la libéralité ne sera nulle dans ce cas que dans la limite de l'incapacité du donataire, et elle resterait valable, par exemple, quoique faite au médecin ou au ministre du culte, si elle était d'une valeur modique (art. 909, 1°); c'est tout simple, puisque l'art. 911 ne déclare la disposition nulle qu'en tant qu'elle s'adresse à un incapable, et que le donataire n'est plus un incapable pour ce qu'il peut recevoir. Mais ici la donation déguisée ou faite par interposition est déclarée nulle en tant qu'elle s'adresse à un époux, et il est clair que, s'il y a des limites, des degrés, du plus ou du moins dans l'incapacité, il n'y en a pas dans la qualité d'époux. D'ailleurs, et pour ce qui est des termes de l'art. 911, on s'explique qu'il parle de dispositions *nulles,* puisqu'il ne parle que de dispositions faites au profit d'un *incapable;* que dès lors sa rédaction ne prévoit que le cas d'*incapacité* des personnes (art. 906, 907, 909 et 910), et que c'est seulement par extension et par analogie qu'on l'applique au cas d'*indisponibilité* des biens, de réductibilité (art. 908). Au contraire, la rédaction de notre second alinéa ne s'expliquerait pas dans le système que nous combattons, puisque, dans ce système, il ne s'agirait que de réduction, et qu'il serait dès lors impossible de dire que la disposition sera *nulle*.

Si nos adversaires n'offrent rien de concluant en invoquant l'art. 911, ils ne sont pas plus heureux quand ils prétendent que notre second alinéa rentre nécessairement dans le premier, et qu'il serait absolument impossible de trouver un cas de libéralité indirecte qui ne soit fait ou par interposition de personnes, ou par simulation d'un acte onéreux. Quand ma femme, séparée de biens, et ayant dès lors la jouissance libre de ses revenus (art. 1536), reçoit de moi *de la main à la main* une somme d'argent qu'elle pourra placer ou employer comme provenant de ses économies, où est l'interposition de personnes ou la simulation d'un acte onéreux?... Quand j'épouse une seconde femme sans faire aucun contrat (et dès lors sous le régime de la communauté légale, d'après l'art. 1400), et que les successions mobilières qui m'échoient plus tard, et dont la loi lui attribue la moitié (art. 1401 et 1474), lui procurent des avantages plus ou moins grands, en quoi ai-je fait la donation *déguisée* dont parle notre alinéa?... Quand j'ai rédigé avec cette seconde femme un contrat dont les clauses ont eu pour résultat de lui procurer un bénéfice, mais que j'ai consenti sans aucune pensée de l'avantager, comment dire encore que je lui ai fait une donation en la déguisant?... Quand j'ai fait à ma femme la vente d'un de mes biens, vente très-sérieuse quoi-

que consentie pour un prix très-inférieur à la valeur réelle, ce n'est pas là une donation faite *sous l'apparence d'une vente ;* il n'y a pas là simple apparence de vente, mais une vente bien réelle, dans laquelle nous n'avons rien dissimulé, rien déguisé...

Il n'y a donc dans ces différents cas ni interposition de personnes ni simulation d'actes onéreux. Ce n'est donc plus le cas de notre second alinéa, c'est le cas du premier ; c'est là ce que le Code entend par avantages procurés indirectement et qui ne sont que réductibles. Aussi les trois derniers cas que nous venons de présenter sont-ils prévus par des articles exprès qui déclarent qu'il y aura lieu alors à retranchement (art. 1496, 1527 et 1595).

Enfin, le système contraire ne se défend pas mieux par le secours que ses partisans vont chercher dans l'art. 843. Cet article, dit-on, entend évidemment embrasser toutes les libéralités possibles quand il oblige l'héritier à rapporter à la succession « tout ce qu'il a reçu du défunt directement *ou indirectement* » ; et dès lors les dons indirects embrassent bien là toutes les libéralités qui ne sont pas faites par un acte ouvert et formel, et par conséquent celles qui se font par simulation d'acte onéreux ou par interposition de personnes, aussi bien que toutes autres. — Nous avons déjà répondu à cette objection. Nous avons déjà dit que l'art. 843, qui soumet au rapport les dons directs quand ils ne sont pas faits *expressément* par préciput, hors part, ou avec dispense du rapport, n'a nullement en vue les dons faits par simulation d'un acte onéreux ou par interposition de personnes, puisque ceux-ci sont déclarés (par les art. 847, 849 et 918) dispensés du rapport de plein droit, et sans aucune expression de volonté à cet égard (*voy.* article 851, nos 1, 2 et 3). — Notre doctrine, au surplus, est celle de la plupart des auteurs et des arrêts (1).

III. — 358. Quelques personnes avaient cru, dans les premiers temps du Code, que notre article ne concernait que les époux qui se remarient ayant des enfants d'un premier lit, et ne se référaient dès lors qu'à l'art. 1098, non à l'art. 1094. Telle paraît être l'opinion de Grenier (n° 691), et de Toullier (n° 881). C'est une erreur qu'on s'étonne de ne pas voir relevée par M. Duvergier ; car notre article ne parle pas seulement de nouveaux époux, mais de tous époux ; et il n'indique pas seulement la quotité permise par *la disposition* précédente, mais la quotité *des dispositions* ci-dessus.

(1) Grenier (n° 890) ; Delvincourt, Toullier (V, 901) ; Dalloz (ch. 12, sect. 4) ; Troplong (IV, n° 2743) ; Massé et Vergé (III, § 461, note 19) ; Aubry et Rau (VI, § 744, p. 286) ; Rejet, 30 nov. 1831 ; Cass., 17 nov. 1834 ; Paris, 14 août 1835 ; Toulouse, 13 mai 1835 ; Rejet, 29 mai 1838 ; Limoges, 6 juill. 1842 ; Caen, 6 janv. 1845 (Dev., 32, I, 134 ; 34, I, 769 ; 35, II, 392 ; 36, II, 343 ; 38, I, 481 ; 43, II, 27 ; 45, II, 393) ; Cass., 7 fév. 1849, 2 mai 1855 ; Orléans, 23 fév. 1861 ; Cass., 11 mars 1862 ; Grenoble, 29 nov. 1862 (Dev., 49, I, 165 ; 56, I, 178 ; 61, II, 410 ; 62, I, 401 ; 63, II, 51 ; Dall., 49, I, 71 ; 55, I, 193 ; 61, II, 84). — La nullité ou réduction ne peut être demandée par l'époux donateur (Paris, 28 mars 1851 ; Troplong, n° 2746), ni par son créancier, en vertu d'un titre postérieur à la donation (Cass., 2 mai 1855 : Dev., 56, I, 178 ; Dall., 55, I, 193). L'exercice de l'action en nullité est subordonné au décès du donateur ; jusqu'alors, les enfants ne peuvent demander que des mesures conservatoires. (Même arrêt.)

Il est vrai que la loi, plus sévère pour les seconds ou subséquents mariages que pour les premiers (quand il y a des enfants d'un lit précédent), voit des avantages indirects, quant à ceux-là, dans des circonstances qui n'en présenteraient pas en général (art. 1496 et 1527); mais ce n'est certes pas une raison pour que, dans un premier mariage, on puisse violer la règle de l'art. 1094 par la simulation d'un acte onéreux, ou par interposition de personnes, ou par quelqu'une des voies indirectes dont parle notre premier alinéa (1).

1100. — Seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.

SOMMAIRE.

I. Développement sur l'article. Dissentiment sur un point avec M. Coin-Delisle.
II. Rapports du disponible de notre chapitre avec le disponible ordinaire. Erreur de la Cour de cassation. Critique de M. Duranton, de M. Valette, etc.
III. Mode de rédaction pour les libéralités faites, sous une même date, au conjoint et à des étrangers. Dissentiment avec tous les auteurs.

I. — 359. Il serait souvent bien difficile de prouver que la donation qu'un époux a faite ostensiblement à telle ou telle personne s'adressait en réalité à son conjoint, et que ce donataire apparent n'était qu'un prête-nom. La loi, pour diminuer cet inconvénient, indique elle-même une classe de personnes pour lesquelles il y aura présomption d'interposition : en sorte que toute donation faite à l'une de ces personnes sera, de plein droit, réputée faite au conjoint par personne interposée, et se trouvera nulle, sans qu'il soit même possible de prouver qu'il n'y avait pas interposition (art. 1352). Ces personnes sont : 1° les enfants du conjoint qui ne seraient pas en même temps les enfants du donateur; et 2° tous les parents dont ce conjoint se trouve être l'héritier présomptif.

Nous indiquons en première ligne les enfants du conjoint qui ne seraient pas en même temps ceux du donateur. Il nous paraît certain, en effet, que c'est là ce que veut dire notre article quand il parle d'enfants *issus d'un autre mariage;* les rédacteurs ont seulement voulu dire : « enfants qui ne sont pas nés du mariage actuel, qui n'appartiennent pas en commun aux deux époux », mais ils n'ont pu avoir la pensée d'exiger que ces enfants soient vraiment issus d'un mariage. On ne voit pas de raison, en effet, pour ne pas présumer l'interposition tout aussi bien quand la libéralité est faite à un enfant naturel du conjoint que quand elle l'est à son enfant légitime. Nous pensons éga-

(1) *Conf.* Delvincourt, Favard (v° C. de mar., sect. 4); Duranton (IX, 628); Dalloz (ch. 12, sect. 4); Coin-Delisle (n° 2).

lement qu'on doit appliquer la règle à tous les enfants de quelque degré qu'ils soient (1), et même aux enfants adoptifs, puisque aux yeux de la loi ce sont aussi des enfants.

360. Quant aux parents dont le conjoint était héritier présomptif au moment qu'on a écrit l'acte de libéralité, ils sont toujours et par cela seul présumés personnes interposées, quoi qu'il puisse arriver ensuite. Ainsi, quand même l'époux mourrait immédiatement après la donation faite, avant le donataire ou légataire, et sans être devenu son héritier réel, la disposition n'en serait pas moins nulle. Et en effet, le seul point à considérer ici, c'est l'état des choses au moment où l'on donne, c'est la pensée que le donateur a dû avoir en écrivant sa libéralité. Réciproquement, dès là que le conjoint n'est pas héritier présomptif du parent donataire ou légataire au moment de la confection de l'acte, il importe peu qu'il le devienne plus tard, parce qu'alors l'auteur de la disposition n'a pas pu la faire dans la pensée de faire passer l'objet à son conjoint dans la succession du bénéficiaire. — La doctrine contraire de M. Coin-Delisle, qui enseigne (n° 9) que pour les testaments il faut s'attacher non à l'époque de la confection, mais à l'époque du décès du testateur (vu que c'est par ce décès que le testament produit son effet), est une erreur provenant de l'oubli de cette idée, que la loi n'a considéré que l'intention qu'avait l'époux en faisant sa disposition.

361. Remarquons, au surplus, que, dans le cas où l'interposition n'est plus présumée de plein droit, il est toujours permis de la prouver (2).

Rapports du disponible entre époux avec le disponible ordinaire.

II. — 362. Après avoir étudié dans les quatre art. 1094, 1098, 1099 et 1100 les règles du disponible entre époux considéré en lui-même, il nous faut examiner ici ce disponible dans ses rapports avec le disponible ordinaire des art. 913-915, c'est-à-dire dans les cas de concours de libéralités faites à un époux avec des libéralités faites à d'autres personnes.

Il est d'abord évident que ces deux disponibles, ordinaire et spécial, ne peuvent jamais être cumulés; que jamais on ne pourra donner à des étrangers (3) le disponible entier des art. 913-915, en donnant à l'é-

---

(1) *Conf.* Agen, 5 déc. 1849 (Dev., 50, II, 74; Dall., 50, II, 104). — Le legs fait à un enfant d'un précédent mariage du conjoint du testateur n'est pas réputé fait à personne interposée lorsqu'il est impossible que le conjoint en puisse jamais recueillir le profit, par exemple lorsque le legs ne doit recevoir son exécution qu'à partir du jour du décès de ce conjoint. Caen, 13 nov. 1847 (Dev., 48, II, 677; Dall., 49, II, 72). — Jugé aussi que le legs fait par un mari à l'enfant de sa femme issu d'un premier mariage est valable quand la libéralité n'excède pas la quotité qu'il aurait pu donner directement à sa femme. Orléans, 10 fév. 1865 (Dev., 65, II, 168).

(2) En dehors des présomptions légales, les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour décider, d'après l'ensemble des faits et circonstances, si un legs ou une donation sont faits à personne interposée, et il n'est pas nécessaire qu'ils constatent qu'il y a eu concert frauduleux entre la personne interposée et l'incapable. Cass., 20 juill. 1846, 20 avr. 1847 (Dev., 47, I, 74 et 437; Dall., 46, I, 353; 47, I, 270).

(3) Remarquons bien que par *étrangers* on entend, dans cette matière, toutes personnes autres que le conjoint du disposant, même les enfants de ce disposant.

poux le disponible entier de nos art. 1095 ou 1098. C'est évident, puisque, en présence d'enfants, le cumul des deux quotités réduirait la réserve à une fraction insignifiante et vraiment dérisoire, et que, dans le cas d'ascendants, *il dépasserait la totalité du patrimoine!* Aussi, tout le monde est d'accord pour reconnaître que jamais l'ensemble des libéralités ne peut dépasser la quotité la plus forte des deux, et qui sera tantôt l'une, tantôt l'autre.

Ainsi, le disposant ne peut jamais excéder le chiffre du disponible le plus élevé. Mais pourra-t-il même l'atteindre toujours, sans distinction de circonstances, et dans quelque ordre que les diverses libéralités soient faites, pourvu seulement que l'étranger d'une part, et l'époux de l'autre, n'aient pas reçu au delà de ce qu'on peut leur donner? En d'autres termes, du moment que la libéralité faite à l'époux ne dépasse pas les limites des art. 1094 ou 1098; que celle qui est faite à l'étranger ne dépasse pas les limites des art. 913-915, et qu'enfin la réunion des deux ne dépasse pas le chiffre de la quotité disponible la plus forte, ces libéralités échapperont-elles toujours à la réduction? — Ce n'est pas douteux quand le disponible le plus fort est le disponible ordinaire, celui des art. 913-915. Ainsi, quand l'époux qui n'a qu'un enfant et dont le disponible le plus fort est de moitié en pleine propriété (art. 913) a d'abord donné à un étranger une partie seulement de ce disponible, il est clair qu'il peut ensuite donner le reste à son conjoint, pourvu que ce reste n'excède ni en propriété ni en usufruit la quotité fixée par notre chapitre; que s'il a commencé par donner à son conjoint le quart de pleine propriété, plus le quart d'usufruit permis par l'art. 1094, il est clair qu'il peut donner le second quart de nue propriété à qui bon lui semblera : on ne saurait trouver alors aucune raison, aucun prétexte, de réduire l'une ou l'autre de ces libéralités (1).

363. Mais si c'est la quotité spéciale de notre chapitre qui est la plus forte, la question posée ci-dessus va devenir délicate. Sans doute, il n'est pas douteux qu'après avoir donné d'abord à un étranger la quotité ordinaire, on ne puisse donner postérieurement au conjoint la différence en plus permise pour lui par l'art. 1094. Il n'est pas douteux non plus que ces deux libéralités ne puissent se faire simultanément, soit par une même donation, soit par un même testament. Mais en serait-il de même si la libéralité faite au conjoint était antérieure à l'autre? On est loin d'être d'accord sur ce point.

Nous avons dit que l'affirmative n'est pas douteuse quand la libéralité de l'étranger est antérieure à celle du conjoint, ou quand toutes deux sont simultanées : c'est un point qui nous paraît évident, et les meilleurs auteurs sont d'accord là-dessus avec la jurisprudence (2).

---

(1) *Conf.* Paris, 10 déc. 1864; Agen, 16 déc. 1864 (Dev., 65, II, 25). Voy. *Dict. not.* (v° Port. disp., n°s 182 et suiv.).

(2) Lyon, 29 janv. 1824; Rej., 3 janv. 1826; Rej., 18 nov. 1840; Rej., 20 déc. 1847 (Dev., 1841, I, 90; *J. Pal.*, t. II de 1840, p. 648; t. I de 1848, p. 388). — Toutefois, il en est autrement si un droit d'antériorité a été établi au profit du conjoint; si

Ainsi, le père de trois enfants donne à l'un d'eux, ou à toute autre personne, le quart de sa fortune en toute propriété, et il donne ensuite à son conjoint un quart en usufruit : il est clair, et tout le monde reconnaît, que les deux libéralités sont inattaquables. Ainsi encore, un époux sans enfants, mais ayant encore sa mère, fait un testament dans lequel il lègue à son neveu tout son bien (c'est-à-dire tout le disponible de son bien; en d'autres termes, les trois quarts), et à sa femme l'usufruit du quart réservé à la mère; il paraît certain qu'aucun de ces deux legs ne peut être réduit, et la Cour de Lyon les a justement maintenus.

364. Il est vrai que M. Duranton (n° 786) critique cette décision et prétend que la mère devait avoir son quart en pleine propriété, nonobstant le testament, et que le quart d'usufruit légué à l'épouse devait se prendre sur le legs universel du neveu. Mais c'est là une doctrine erronée, et le raisonnement que M. Duranton présente à l'appui n'est certes pas de nature à la faire triompher. Il nous dit que le bénéfice de l'art. 1094 (qui permet d'ajouter au disponible ordinaire l'usufruit de la réserve des ascendants) n'est écrit que pour l'époux et ne peut profiter qu'à lui, tandis qu'ici on le faisait profiter au neveu. Mais en quoi donc faisait-on profiter ce bénéfice au neveu, puisque l'épouse seule prenait, d'après le testament, l'usufruit de la réserve de la mère, et que le neveu ne recevait que les trois quarts que l'art. 915 permet de donner à tout le monde? M. Duranton ajoute qu'avec ce système il eût suffi de léguer à l'épouse *un seul écu* pour pouvoir donner au neveu tout l'usufruit du quart réservé, en outre du disponible ordinaire... Il est à croire que le savant professeur n'a écrit ceci que par distraction. Il est clair, en effet, que si l'on a maintenu et dû maintenir le legs de l'usufruit du quart réservé à la mère, c'est parce que ce legs était fait à l'épouse comme le permet l'art. 1094; et que si cet usufruit, ou *une fraction quelconque* de cet usufruit, avaient été ajoutés au legs des trois quarts fait au neveu, ce legs aurait été nécessairement et évidemment réductible aux trois quarts... M. Duranton ne s'est donc pas compris.

Plus tard, devant la Cour de cassation, M. l'avocat général Delangle essaya sur cette doctrine une critique qui, sans être plus fondée que celle de M. Duranton, était du moins mieux raisonnée. Il dit en substance que le droit de disposer de l'usufruit du quart réservé à l'ascendant étant un secours extrême ouvert pour le seul profit du conjoint, on ne pouvait en disposer quand on avait d'autres ressources dans la main; qu'on ne pouvait donner cet usufruit à l'époux que quand on lui donnait tout ce qu'on avait de disponible; que le lui donner au moment même où l'on donnait à un tiers le disponible ordinaire tout entier, c'était faire profiter d'autant ce tiers, sur la libéralité duquel

---

alors la libéralité faite à celui-ci épuise la quotité disponible de l'art. 913, l'enfant ou l'étranger ne peut profiter de la portion de biens complétant la quotité de l'art. 1094. Riom, 20 mai 1862 (Dev., 62, II, 445; *J. Pal.*, 63, 163). *Voy.* aussi Cass., 3 juin 1863, 3 mai 1864 (Dev., 63, I, 417; 64, I, 273; Dall., 64, I, 32 et 173).

le donateur n'aurait pas manqué de prendre cet usufruit, si l'art. 1094 n'avait pas existé... Mais c'était une erreur non moins visible; car si *je puis* donner à mon conjoint et les trois quarts d'abord, et en outre l'usufruit du dernier quart, je n'y suis pas *forcé;* et je puis très-bien aussi, en donnant les trois quarts au premier venu, d'après l'art. 915, donner l'usufruit du dernier quart à mon conjoint d'après l'art. 1094; je puis distribuer mon disponible comme je l'entendrai, pourvu que je n'excède pas les limites légales. Aussi la Cour de cassation, par l'arrêt précité de 1840, repoussa-t-elle les conclusions de M. Delangle.

M. Benech lui-même, si enclin cependant à étendre la quotité disponible, comme on l'a vu sous l'art. 1094, n'est pas en tout d'accord avec nous sur la règle que nous formulons ici : il enseigne (p. 260 et suiv.) qu'il y aurait excès quant à l'étranger, si l'époux, ayant trois enfants, avait donné en même temps ou la moitié d'usufruit à l'étranger et le quart de nue propriété à son conjoint, ou bien le quart d'usufruit à l'étranger et le quart de pleine propriété au conjoint. Nous ne saurions adopter cette dernière idée. Nous voyons bien l'excès dans le premier cas, où l'étranger reçoit une moitié en usufruit, tandis que les art. 913 et 917 ne permettent qu'un quart aussi bien pour l'usufruit que pour la propriété (*voy.* n° 366, alin. 3); mais il nous est impossible de le voir dans le second cas, où l'étranger ne reçoit que ce quart d'usufruit. Cet époux ne peut-il pas expliquer la disposition simultanée en disant qu'il prend d'abord dans l'art. 913 le quart d'usufruit qu'il donne à l'étranger, et qu'ensuite il donne à son conjoint le quart de nue propriété qui reste dans cet art. 913, puis le quart d'usufruit que lui offre l'art. 1094; et que c'est ainsi qu'il compose le quart de pleine propriété de ce conjoint? Et n'est-ce pas là l'explication qu'il faudra toujours prendre, d'après cette règle qu'un acte doit s'entendre *potiùs ut valeat quàm ut pereat?*

365. Il nous paraît donc certain qu'il n'y a jamais de réduction possible quand, chacune des deux libéralités se renfermant dans les limites de sa quotité respective, et la réunion des deux ne dépassant pas la quotité la plus forte, celle de l'étranger est antérieure ou contemporaine à celle du conjoint. Mais en sera-t-il de même (toujours dans l'hypothèse où c'est la quotité spéciale de notre chapitre qui est la plus forte) quand la libéralité du conjoint sera antérieure à celle de l'étranger? Ainsi, un époux qui a trois enfants a d'abord donné à sa femme, mère de ces enfants, le quart de son bien, et il donne ensuite à un étranger un quart en usufruit : cette seconde libéralité est-elle valable?... Ou bien, il a d'abord donné à sa femme une moitié en usufruit, puis il donne à un étranger un quart de nue propriété : la seconde disposition doit-elle être maintenue?... De nombreux jurisconsultes répondent affirmativement; mais d'autres, et avec eux la jurisprudence constante de la Cour suprême, tiennent pour la négative (1).

(1) Cass., 7 janv. 1824, 21 mars 1837, 24 juill. 1839, 22 nov. 1843, 24 août 1846,

C'est là, en effet, un des points les plus difficiles du Code Napoléon. — Ne nous effrayons pas, toutefois, et voyons s'il n'est pas possible d'arriver ici à une théorie simple et solide tout ensemble...

366. On peut dire, dans le premier sens : 1° que l'ordre dans lequel deux libéralités ont été faites est évidemment insignifiant pour déterminer la quotité disponible d'une personne, et que ce qu'elle a pu donner en disposant pour un étranger d'abord et pour son conjoint ensuite, elle a dû pouvoir le donner également en commençant par son conjoint pour finir par l'étranger; 2° qu'à la vérité, l'extension apportée au disponible ordinaire par l'art. 1094 n'est établie que pour le conjoint et ne peut être appliquée qu'à ce conjoint, mais que la libéralité faite au conjoint doit tout naturellement être réputée faite d'après cet art. 1094 (et en laissant libre le disponible ordinaire) aussi bien quand elle est la première en date que quand elle est la dernière... On répondra de l'autre côté : 1° que, loin d'être insignifiante en notre matière, la puissance des dates y est au contraire souveraine, puisque c'est selon que le disponible est déjà ou n'est pas encore épuisé que l'auteur des libéralités peut encore ou ne peut plus disposer, et que c'est sur ce principe que repose l'art. 923, qui fait réduire les libéralités par ordre de dates; 2° qu'il est contraire à l'ordre naturel des choses de donner *le supplément du disponible* (c'est-à-dire le disponible spécial et le plus favorable de l'art. 1094) *avant le disponible lui-même,* et de recourir au fonds de réserve avant de toucher aux ressources ordinaires; que, dès lors, la première libéralité devra toujours s'imputer sur le disponible de l'art. 913, soit qu'elle s'adresse au conjoint ou à l'étranger, et qu'une fois ce disponible ordinaire épuisé (même au profit du conjoint), il ne restera que le crédit extraordinaire de l'art. 1094, lequel n'est pas ouvert pour l'étranger.

Il nous semble évident que ces dernières idées sont les seules vraies, et qu'en principe c'est à elles qu'il faut s'en tenir, comme l'a toujours fait la Cour suprême. Mais hâtons-nous de dire que ce principe ne sera pas toujours applicable, et que la décision doit évidemment, selon nous, dépendre d'une distinction capitale, essentielle, qui résulte forcément des termes comme de l'esprit de l'art. 1094, distinction qui paraît n'avoir été remarquée ni par la Cour de cassation, ni par MM. Benech, Valette, Pont et autres, qui ont combattu ses arrêts.

Quand on compare attentivement la disposition de l'art. 1094 avec celle des art. 913-917, on y remarque une différence qui présente une grande importance pour la question qui nous occupe : cette différence est relative au disponible *en usufruit*. Dans le cas des art. 913-917, le disponible est en usufruit le même qu'en propriété : celui qui peut donner moitié en pleine propriété ne peut donner aussi que moitié en usu-

---

7 mars 1849 (Dev., 37, I, 273; 39, I, 633; 44, I, 69; 47, I, 39; 49, I, 338). *Adde:* Cass., 11 janv. 1853, 2 août 1853; Toulouse, 23 nov. 1853; Agen, 10 juill. 1854 (Dev., 53, I, 65 et 728; 53, II, 705; 54, II, 448; Dall., 53, I, 17 et 300; 54, II, 586); Troplong (n° 2599); Massé et Vergé (III, § 460, note 12). *Contrà:* Aubry et Rau (V, § 689, p. 613 et 614). Voy. *Dict. not.* (v° Port. disp., n°s 186 et suiv., 234 et suiv.).

fruit; celui dont le disponible en pleine propriété est d'un quart ne peut pas dépasser ce quart, alors même qu'il ne donne que de l'usufruit. Il est vrai que, quand la disposition d'usufruit est excessive, il n'y a pas lieu à la réduction directe d'après les règles ordinaires; les héritiers peuvent seulement refuser d'exécuter en rien la disposition, en livrant le disponible en pleine propriété. Mais, quelle que soit ici la sanction de l'excès, il n'en est pas moins vrai qu'il y a excès dès là qu'on a donné en usufruit plus qu'on ne pouvait donner en propriété, et que la mesure du disponible en propriété est aussi la mesure du disponible en usufruit (*voy.* le n° I de l'art. 917). Dans notre art. 1094, il en est autrement; le disponible en usufruit dépasse de beaucoup le disponible en propriété : l'époux qui peut donner en propriété trois quarts ou moitié, parce qu'il n'a que des ascendants, pourra donner en usufruit la totalité; et celui qui ne peut donner en propriété qu'un quart, parce qu'il a des descendants, pourra donner en usufruit moitié. Ainsi, le disponible du chapitre III et celui de notre chapitre IX, à part même leur étendue différente, selon les cas, ne sont pas organisés de la même manière; leur nature n'est pas la même : le premier n'a qu'une seule mesure applicable à l'usufruit comme à la propriété; le second a deux mesures distinctes, une pour la propriété, l'autre pour l'usufruit.

367. Ceci compris, revenons à notre question, qui consiste à savoir si, dans le cas où le disponible de notre chapitre est le plus fort, l'époux qui en a donné d'abord une partie à son conjoint peut donner ensuite l'excédant à un étranger, pourvu que cet excédant ne dépasse pas le disponible du chapitre III; en d'autres termes, si la donation faite au conjoint, quoiqu'elle soit faite la première, ne doit pas se payer avec le crédit extraordinaire et tout spécial de notre chapitre IX, les crédits ordinaires du chapitre III restant ainsi libres pour l'avenir.

En principe, nous l'avons dit déjà, la négative ne nous paraît pas douteuse, attendu qu'on ne doit recourir à un crédit supplémentaire que quand les ressources ordinaires sont épuisées; la Cour de cassation a parfaitement raison en ce point. Mais il est un cas où il en sera autrement, parce que, dans ce cas, la nature même de la disposition prouvera qu'elle n'a pu être prise que sur le disponible extraordinaire de notre chapitre; et ici la jurisprudence de la Cour suprême nous paraît inexacte. Étudions successivement le principe et l'exception.

368. Voici d'abord le principe : quand l'objet de la donation faite au conjoint peut tout aussi bien se prendre sur le disponible du chapitre III que sur celui de notre chapitre, il nous paraît évident, malgré l'opposition de tant de jurisconsultes, qu'il faut l'imputer sur la première...

Ainsi, l'époux qui, n'ayant pas d'autre héritier réservataire que sa mère, a donné entre-vifs à son conjoint les trois quarts de sa fortune, ne pourra plus rien donner à un étranger. Il est vrai qu'il n'a pas épuisé tout son disponible, et qu'il pourrait donner encore l'usufruit du dernier quart; mais il ne peut donner qu'à son conjoint et non à aucun

autre. En vain on dirait que l'époux, quand il a donné à son conjoint *trois quarts* en propriété et *usufruit,* a dû être considéré, par cela seul qu'il donnait à un conjoint, comme ayant pris l'un des trois quarts d'usufruit sur la portion de bien réservée à sa mère ; que, dès lors, il n'a pris sur le disponible ordinaire que trois quarts de nue propriété avec *moitié d'usufruit,* et que, quand il donnera le dernier quart d'usufruit, il le donnera d'après l'art. 915, comme formant le reste du disponible ordinaire, et pourra l'attribuer par conséquent à qui bon lui semblera. Ce système ne serait pas soutenable, car le supplément de disponible accordé par l'art. 1094 (dans notre espèce, l'usufruit du dernier quart des biens) est évidemment un secours extrême dont on ne peut user qu'à défaut d'autres ressources ; on ne peut pas donner ce dernier quart d'usufruit tant que l'on conserve d'autres portions d'usufruit entre les mains. Sans doute, il importe peu que les trois autres quarts de l'usufruit aient été donnés antérieurement, ou qu'ils ne le soient qu'au moment même (et c'est en cela que se trompait M. Delangle) ; qu'ils aient été donnés aussi au conjoint ou qu'on les ait donnés à tout autre ; mais il ne faut pas qu'on les retienne en donnant le dernier quart. Tant qu'il reste de l'usufruit dans le patrimoine du donateur, cet usufruit est nécessairement celui que l'art. 915 réserve à l'ascendant, et le conjoint seul peut l'enlever à cet ascendant... D'ailleurs, tout le monde admet bien qu'on ne peut jamais faire profiter un étranger du bénéfice de l'art. 1094 ; pas de doute là-dessus, et la dissidence ne commence que quand il s'agit de savoir si telle ou telle hypothèse en ferait ou non profiter cet étranger. Or, il est palpable qu'ici ce serait l'étranger qui en profiterait, puisque, sans cet art. 1094, l'époux qui aurait aussi donné à son conjoint les trois quarts de sa fortune ne pourrait plus donner à l'étranger : *Si cet art.* 1094 *n'existait pas, votre seconde donation serait évidemment impossible!...*

Par ces motifs, si l'époux qui a trois enfants a d'abord donné un quart de son bien à son conjoint, il ne pourra rien donner à aucun autre, quoiqu'il puisse encore donner à ce conjoint un quart d'usufruit. C'est évident, car ce nouveau don ne pourrait se faire que d'après l'article 1094 ; or, le don fait d'après cet article ne peut s'adresser qu'à un conjoint. De même, si cet époux, ayant trois enfants, avait donné un quart à son conjoint en usufruit seulement, il ne pourrait plus donner à un étranger que le quart de nue propriété qui reste disponible d'après l'art. 913, et non le quart de propriété pleine, dont il peut encore disposer d'après l'art. 1094.

Toutes les fois, en un mot, que la donation faite d'abord au conjoint est de nature à s'imputer aussi bien sur le disponible ordinaire que sur l'autre ; toutes les fois qu'elle se trouve tout aussi valable d'après les art. 913-917 que d'après notre chapitre, et qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer ce chapitre pour lui assurer son effet ; toutes les fois que l'époux pouvait donner d'après tel ou tel des deux systèmes, alors, comme le législateur n'a pu permettre de recourir à un supplément exceptionnel rigoureux quand les ressources ordinaires suffisaient, la

donation a frappé nécessairement, légalement (et quand même ce donateur aurait dit le contraire), sur le disponible ordinaire, et on ne pourra plus dès lors donner à un étranger que ce qui peut rester de ce disponible après déduction de l'objet déjà donné.

En principe, donc, la doctrine de la Cour de cassation nous paraît parfaitement exacte, quoique M. Valette la déclare *ridicule* (1).

368 *bis*. Mais quand la donation faite au conjoint n'a pu, de par la loi même, lui être faite qu'en cette qualité de conjoint; quand elle n'a pu être valable que d'après notre chapitre IX, et uniquement parce qu'elle frappait sur le disponible extraordinaire, n'y a-t-il pas nécessairement exception à ce principe, et n'est-il pas impossible alors d'imputer sur le disponible des art. 913-917?...

Ainsi, quand l'époux qui a trois enfants a donné à son conjoint la *moitié* de ses biens *en usufruit*, il est clair que la donation ne peut plus se dire faite légalement d'après les art. 913-917 et au moyen du disponible ordinaire, puisque, d'après ces articles, on n'aurait pu donner qu'un quart d'usufruit. Il est clair que légalement la donation est faite en vertu de l'art. 1094 et au moyen du disponible exceptionnel de notre chapitre. Donc la partie du disponible ordinaire que n'a pas emportée le don du disponible extraordinaire reste libre aux mains du donateur; et cette partie, qui est ici un quart de nue propriété, peut être donnée postérieurement à qui l'on voudra. Ceci nous paraît évident... Quand j'ai donné cette moitié d'usufruit à ma femme, un seul quart a pu lui venir par l'art. 913, et l'autre quart n'a pu lui être donné (non pas d'après ma volonté, mais d'après les règles du Code) qu'en vertu de l'article 1094; mais puisque je n'ai pris qu'un quart d'usufruit sur mon disponible ordinaire, j'y trouve donc encore un quart de nue propriété. Aussi, remarquez bien que l'argument qui prouvait si bien plus haut que la seconde donation ferait tourner l'art. 1094 au bénéfice de l'é-

(1) M. Valette a traité la question en législation et non en droit. Voici comment il combat l'interprétation donnée par la Cour de cassation.

C'est, selon lui, « un système bizarre, qui entrave les actes de l'affection maritale, y multiplie les complications et les difficultés, et porte ainsi l'inquiétude dans le sein des familles. La quotité disponible ne se présente plus à l'esprit d'une manière simple, sous un point de vue accessible à toutes les intelligences... Le propriétaire qui veut user complétement de son droit de disposer doit se livrer à des combinaisons laborieuses. Tel qui, n'ayant pas d'enfants, espère en avoir, attendra pour placer l'enfant à naître au rang de premier donataire, et se ménager ainsi la quotité disponible la plus forte; mais souvent la mort viendra le surprendre dans cette attente, en sorte que l'autre époux, auquel la donation à faire en seconde ligne était destinée, se trouvera n'avoir rien reçu... » (Le *Droit* du 11 mars 1846.)

Ne croirait-on pas assister à une séance de l'Assemblée législative et entendre la critique d'un projet de loi?

Et pourtant, pour le jurisconsulte comme pour le magistrat, il ne s'agit pas de savoir si tel système est ou n'est pas bon en soi, mais de savoir si ce système, bon ou mauvais, est ou n'est pas celui de la loi. On pourrait répondre à l'article de M. Valette : Toutes ces idées peuvent être excellentes, mais elles ne touchent pas à la question : *sed nunc non erat hic locus*. Un système parfaitement raisonnable en lui-même peut fort bien n'être qu'une hérésie en tant qu'interprétation de la loi, et, réciproquement, un système peut être très-exact en droit, quoique bizarre, ridicule et immoral peut-être en législation. On en a un exemple dans la triste loi du 21 juin 1843. (*Voy*. le n° III de l'art. 1317.)

tranger n'a plus de force ici. On ne peut plus nous dire : « La preuve que vous bénéficiez de l'art. 1094, c'est que *si cet article n'existait pas, votre seconde donation serait impossible.* » Si cet art. 1094 n'existait pas, c'est ici la *première donation* qui aurait été impossible : le conjoint n'aurait pas pu recevoir moitié d'usufruit, mais un quart seulement...

Et ne dites pas que, dans l'absence de l'art. 1094, la première donation aurait été faite également, que seulement les réservataires l'auraient attaquée comme excédant les limites de l'art. 913, et y auraient substitué, d'après l'art. 917, le quart de pleine propriété, ce qui aurait également rendu impossible toute libéralité postérieure. Ce sont là des suppositions gratuites, arbitraires et pleinement illégales; car vous n'avez aucune raison, aucun prétexte de dire que celui qui a donné une moitié d'usufruit, quand la loi le lui permettait, l'aurait également donnée si la loi le lui avait défendu... La première donation est faite dans les limites de la loi; vous ne pouvez donc pas argumenter comme si elle était excessive.

De même, si l'époux n'ayant qu'un ascendant a donné à son conjoint l'usufruit de tous ses biens, il est clair, d'après ces principes, qu'il restera libre de donner à qui il voudra les trois quarts de nue propriété qui restent disponibles d'après l'art. 915, tout comme si le conjoint n'avait reçu que les trois quarts d'usufruit de cet art. 915 et que le dernier quart restât à l'ascendant.

369. Or, c'est précisément sur ce cas d'une donation faite d'abord au conjoint en usufruit seulement que sont intervenus les six arrêts de la Cour suprême indiqués plus haut; dans tous, il s'agissait d'une donation d'usufruit de moitié faite à son conjoint par un époux laissant trois enfants au plus; et, dans tous, la Cour a jugé que cet époux n'avait pas pu disposer ultérieurement du quart de nue propriété. Nous croyons fermement que cette doctrine est erronée, comme le pensent beaucoup de jurisconsultes (1). Nous disons qu'il est arbitraire et illégal de transformer en don de propriété un don valablement fait en usufruit, un don que l'art. 1094 permet expressément en usufruit, et que rien n'autorise à dénaturer ainsi.

---

(1) Notamment Benech (p. 300-433); Pont (*Rev. de lég.*, XIX, p. 260); Dalloz (1839, I, 289); Devilleneuve (VII, 1, 363); Valette (le *Droit*, 11 mars 1846). — Nous n'avons cité que six arrêts de la Cour suprême. Quant à un autre, du 11 juillet 1813, que l'on cite souvent dans le même sens, il était dans une autre espèce, et nous paraît irréprochable sinon dans tous ses motifs, du moins au fond. Il s'agissait d'un usufruit de moitié des biens donné à un *second époux* par une femme qui avait des enfants de son premier mariage; le cas était donc régi par l'art. 1098, qui ne permet pas de donner plus du *quart* soit en propriété, soit même en usufruit. Il y avait donc excès dans cette donation de moitié, et cette donation n'étant qu'un usufruit, l'art. 917 permettait, ou plutôt commandait de la transformer en donation de la propriété du disponible, c'est-à-dire du quart; et comme, d'un autre côté, la donatrice laissait trois enfants, et que le quart, disponible pour le second époux, était le seul disponible pour tous autres, on a très-bien jugé en déclarant nulles toutes libéralités postérieures. — Pour ce qui est des arrêts rendus dans des espèces où le don fait en premier lieu au conjoint pouvait s'imputer sur l'un comme sur l'autre disponible, arrêts que les auteurs enveloppent dans une même réprobation avec ceux qui nous occupent ici, on voit que, dans notre doctrine, ils sont, au contraire, parfaitement exacts.

Quand même la transformation et l'évaluation de l'usufruit en propriété serait, dans le système du Code, une chose toute simple, toute naturelle, et qui devrait avoir lieu toutes les fois qu'il y aurait quelque utilité de la faire, elle n'en serait pas moins inadmissible ici, puisque, loin d'y être utile, elle violerait toujours l'art. 1094 et anéantirait arbitrairement les droits du disposant en dénaturant la libéralité qu'il avait droit de faire comme il l'a faite. Mais le Code, au contraire, comme le disent très-bien M. Benech et M. Pont (*loc. cit.*), a entendu proscrire en général et autant que possible cette évaluation, et c'est précisément pour l'éviter que l'art. 917, au lieu de soumettre les libéralités excessives en usufruit à la réduction directe et ordinaire, a seulement donné le choix au réservataire ou de les exécuter pour le tout, ou de les supprimer pour le tout en délivrant tout le disponible en propriété. Ceci augmente singulièrement l'étrangeté et l'illégalité du système adopté par la jurisprudence.

Ce qui n'est pas moins étrange, c'est cette autre idée, adoptée également par la jurisprudence et que M. Coin-Delisle trouve très-rationnelle (n° 18), d'évaluer invariablement l'usufruit à la moitié de la propriété. Comme si l'usufruit établi sur une tête de quatre-vingt-dix ans ou frappant sur une ferme qui rapporte 2 et demi avait la même valeur que celui qui appartient à un homme de vingt-cinq ou trente ans, ou qui porte sur un immeuble produisant 5 ou 6 pour 100!

Il nous paraît évident, d'abord, que l'évaluation ne devra se faire que quand elle sera absolument indispensable, et qu'ensuite la valeur devra se déterminer d'après les circonstances particulières à chaque espèce (1).

370. Pour nous résumer sur tout ce qui précède, nous dirons : Lorsque les deux libéralités faites l'une à un étranger, l'autre au conjoint, ne dépassent pas par leur réunion le plus fort disponible, et qu'aucune d'elles ne dépasse son disponible propre, elles sont pleinement valables toutes les deux, 1° quand elles ont été faites en même temps, et 2° quand celle de l'étranger est antérieure à celle du conjoint. Mais si c'est celle du conjoint qui a précédé celle de l'étranger, il faut distinguer : si le don fait tout d'abord à ce conjoint est de nature à s'imputer sur l'un comme sur l'autre disponible, il s'imputera *tout entier* sur le disponible ordinaire ; en sorte que, s'il lui est égal, l'étranger ne pourra plus rien recevoir, quand même des valeurs resteraient encore disponibles d'après notre chapitre ; si, au contraire, le don du conjoint n'a pu se faire valablement que d'après les règles exceptionnelles de notre chapitre, on ne l'imputera sur le disponible ordinaire que pour la partie que les art. 913-916 permettaient de donner, et non pas pour le tout.

Remarquons bien, au surplus, que les deux libéralités ne sont successives et que l'une n'est antérieure à l'autre que quand l'une d'elles

(1) *Conf.* Grenoble, 8 mars 1851 ; Paris, 10 déc. 1864 ; Agen, 16 déc. 1864 (Dev., 51, II, 516 ; 65, II, 25 ; Dall., 52, II, 43 ; *J. Pal.*, 65, II, 3).

au moins est faite par donation entre-vifs ; car si toutes deux sont faites par testament, elles ont pour date l'une et l'autre la mort du testateur, le testament n'étant pendant la vie de son auteur qu'un projet qui devient une disposition par le décès seulement de cet auteur (art. 195, n° III). Il suit de là que la libéralité faite par donation sera toujours antérieure à celle qui n'est écrite que dans un testament, quand même l'acte testamentaire aurait été écrit auparavant.

371. Avons-nous besoin de dire maintenant, pour répondre à une question qui s'est quelquefois présentée, que si une première donation, faite à celui qui ne peut recevoir que la quotité la moins forte, était excessive et embrassait la quotité plus forte, celui qui a droit à cette quotité plus forte pourrait recevoir et se faire délivrer ce qui doit être retranché de la première donation, ou, pour mieux dire, l'équivalent de ce qui doit être retranché? Ainsi, le père de trois enfants donne à un étranger la moitié de ses biens, et il lègue ensuite à la mère de ces enfants *ce que la loi permet de lui donner;* cette femme pourra exiger un quart d'usufruit, attendu que la première libéralité n'a pu frapper légalement que sur un quart de propriété. De même, si le père d'un enfant unique a d'abord donné à sa femme la moitié de ses biens en propriété, l'étranger auquel il aurait ensuite légué *ce dont il peut encore disposer* aurait droit à un quart de nue propriété, attendu que la donation n'a pu porter légalement que sur un quart de propriété et un quart d'usufruit. En vain on objecterait, d'après l'art. 921, que le légataire ne peut demander la réduction, ni en profiter si elle est faite; car le légataire ne demande pas ici la réduction, il n'exige pas le moins du monde que cette réduction soit faite; il demande tout simplement l'exécution de sa libéralité, il exige qu'on lui délivre son legs. Il ne demande pas que l'on réduise (ce qui lui importe fort peu, en effet); *il fait remarquer* que l'héritier peut faire réduire s'il le veut, et que la donation laisse encore pour lui légataire un disponible que l'héritier ne peut pas lui refuser (*voy.* art. 921, n° III, et art. 557, n° III).

III. — 372. Il ne nous reste plus, pour terminer cette importante et difficile matière, qu'à examiner comment doit s'opérer, en cas d'excès, la réduction des libéralités faites à la même époque au conjoint et à des étrangers. Nous ne parlons que de celles qui sont faites à une même époque, qui ont une même date, c'est-à-dire qui sont écrites dans un même acte de donation, ou qui résultent de testaments (soit d'un seul, soit de plusieurs), puisque les diverses dispositions testamentaires, à quelque époque qu'on les ait écrites, n'ont toujours pour date que celle du décès du testateur. Pour les autres, en effet, pour celles qui ont des dates différentes, parce que chacune d'elles résulte d'une donation entre-vifs et spéciale, il ne saurait y avoir de difficulté nouvelle : il ne s'agira que d'appliquer les règles développées plus haut. Mais quand les libéralités ont une même date, et que, chacune restant dans ses limites particulières, elles dépassent cependant par leur réunion le disponible le plus élevé, d'après quel mode devra-t-on réduire? Procédera-t-on par une opération unique en réduisant toutes les dispositions simultané-

ment et proportionnellement, d'après la quotité disponible la plus forte; ou bien faudra-t-il faire plusieurs opérations, de telle sorte que la libéralité du conjoint et celle de l'étranger soient réduites chacune d'après sa quotité respective?

C'est là une question fort importante, comme on le voit; mais les auteurs sont loin de l'avoir suffisamment éclairée. La plupart semblent même n'avoir rien compris à la difficulté qu'elle présente.

373. Toullier (V, 872) enseigne, comme chose toute simple et allant de soi, qu'on devra toujours faire une seule opération en réduisant au marc le franc, en une seule fois, toutes les libéralités qui ont la même date, d'après les art. 923 et 926; il fait observer, au surplus, que ce qui serait donné en usufruit devra d'abord être évalué en propriété, afin de ramener l'objet de toutes les libéralités à une masse totale et d'une seule nature (ce qui est, en effet, indispensable). Ainsi, un homme, ayant un enfant d'un premier lit, lègue à sa seconde femme un quart, et il lègue une moitié à un étranger; en supposant 48000 francs de fortune, la premier legs est de 12000 francs, et le second de 24 000 francs. D'après Toullier, on dira tout simplement que la masse des legs étant de 36000 francs, tandis que le disponible le plus fort était de 24 000 fr., il faut réduire chaque legs d'un tiers; en sorte que la femme aura 8 000 francs et l'étranger 16 000 francs. De même, s'il s'agit d'un époux ayant trois enfants et qui a donné un quart à un étranger, puis à sa femme (mère de trois enfants) un quart en propriété et un quart en usufruit (et que, par hypothèse, on estime l'usufruit valoir moitié de la propriété), on dira que le testateur ayant légué à sa femme un quart et demi ou 18000 francs et à l'étranger un quart ou 12000 francs, en tout 30000 francs, tandis que son disponible le plus fort était de 18000 fr., les libéralités excèdent le disponible de 12 000 francs, valeur dont les deux legs doivent être réduits proportionnellement; la femme aurait donc 10800 francs, et l'étranger 7200 francs. — On voit que ce système, qui n'est que l'application pure et simple de l'art. 926, et dans lequel on procède comme si le disponible était le même pour les divers légataires, ne saurait présenter aucune difficulté. Mais ce système n'est pas admissible. Quand le disponible est différent pour chacun des deux légataires, on ne peut pas procéder comme s'il était le même pour tous deux. Quand, à côté d'un étranger qui peut recevoir moitié, se trouve un époux qui ne peut recevoir qu'un quart, il n'est pas conforme à la loi de faire la réduction comme si cet époux pouvait recevoir moitié lui-même. De même, pour la seconde espèce, il est contraire à la loi que l'étranger qui ne pouvait recevoir qu'un quart ne soit réduit que d'après le disponible du quart et demi.

Grenier (n° 585) a professé la même doctrine que Toullier dans sa première édition; il s'en est écarté dans la seconde, où, sans développer ni préciser sa pensée, il dit qu'il faut « régler ce que *chacun* doit avoir, d'après ce que la loi permet de *lui* donner », et il se fonde sur deux arrêts de Turin et d'Agen dans lesquels il avait cru voir cette doctrine nouvelle; puis, dans sa troisième édition, il revient à l'an-

cienne idée, parce que les observations de Toullier lui avaient prouvé, dit-il, que les deux arrêts ne renfermaient pas la doctrine qu'il avait cru y voir.

Delvincourt, jugeant avec plus d'indépendance et n'attendant pas la doctrine des arrêts pour avoir une opinion, enseigne formellement que l'on doit « regarder les deux donataires comme concourant entre eux jusqu'à concurrence de la quotité disponible qui leur est commune, et que le surplus appartient à celui en faveur duquel la plus grande disponibilité est établie. » (Chap. 1, sect. 3, § 1, note.) Dans ce système, quand le père de trois enfants, laissant 48 000 francs de fortune, a légué 12 000 francs à un étranger et 18 000 francs à sa femme, on dirait : Le disponible commun aux deux légataires est du quart ou 12 000 francs, et en faisant la réduction d'après ce disponible, l'opération donnera 7 200 francs à la femme et 4 800 à l'étranger; et comme il reste un demi-quart (le quart d'usufruit, en supposant toujours que l'usufruit soit estimé moitié de la propriété) qui n'est disponible que pour la femme, c'est 6 000 francs qui seront pris en plus par celle-ci, sans que l'étranger puisse y participer. Ainsi, ce système de Delvincourt donnerait à la femme 13 200 francs au lieu de 10 800 francs, et à l'étranger 4 800 francs seulement au lieu de 7 200 francs.

M. Duranton (IX, 797), par un procédé singulier, traite la question, dans ses trois premières éditions, sans se prononcer dans aucun sens. Dans le texte, il expose le sentiment de Toullier comme s'il le partageait; puis il finit par dire, à la note, que l'étranger ne doit jamais profiter de l'extension donnée au disponible par l'art. 1094, ce qui rentre dans la doctrine contraire de Delvincourt. Mais, dans sa dernière édition, le savant professeur a supprimé la dernière phrase de sa note et paraît adopter ainsi l'opinion erronée de Toullier.

M. Coin-Delisle (n° 18) présente le même système sans aucune observation et sans paraître soupçonner qu'il y ait lieu à controverse sur ce point. Enfin, M. Duvergier, dans ses notes sur Toullier, ne dit pas un mot de cette question, bien digne pourtant d'appeler toute l'attention des jurisconsultes.

374. Des deux systèmes qui se trouvent en présence, le premier, selon nous, est complétement inadmissible; et le second ne peut être accepté qu'avec une grave modification.

Et d'abord, la doctrine de Toullier, Grenier, M. Coin-Delisle et M. Duranton n'est-elle pas d'une illégalité flagrante? Vous ne pouvez pas réduire d'après un seul disponible, quand la loi en pose deux; maintenir, jusqu'à concurrence de moitié des biens, des legs qui ne peuvent valoir que jusqu'au quart, et faire profiter des légataires d'un disponible qui n'est établi que pour d'autres... Il faut donc nécessairement, comme l'enseigne Delvincourt, ne faire la réduction proportionnelle de tous les legs que d'après le disponible le plus faible, le seul commun à tous, pour réserver l'excédant aux légataires du disponible le plus fort.

Mais si le premier système donne trop au donataire de la plus petite quotité, il faut aussi procéder de telle sorte que le second ne lui donne pas trop peu; et c'est ce qui arriverait dans le système de Delvincourt appliqué purement et simplement. Quand l'époux ayant un enfant et 48 000 francs lègue à sa seconde femme 12 000 francs et 34 000 francs à un étranger, il faut, à la vérité, pour ne pas donner à cette seconde femme au delà de ce qu'elle doit avoir, réduire d'abord les deux legs d'après le disponible d'un quart, et non d'après le disponible de moitié; mais, puisque, pour un instant, on suppose que le disponible de l'étranger n'est que d'un quart au lieu de moitié, il faut donc, pour ne pas lui donner trop dans ce premier calcul, faire subir momentanément un changement proportionnel au chiffre de son legs et supposer pour un instant que ce legs est d'un quart au lieu de moitié, de 12 000 francs au lieu de 24 000 francs. De cette manière, au lieu de donner d'abord sur le premier quart 8 000 francs à l'étranger et 4 000 francs seulement au conjoint, pour ajouter ensuite à la part de cet étranger les 12 000 francs formant le second quart (ce qui ferait 20 000 francs pour l'un et 4 000 francs pour l'autre), on donnera sur le premier quart 6 000 francs à chacun, en sorte que la femme aura 6 000 francs et l'étranger 18 000 francs.

375. On comprend facilement à quoi se réduit notre système, et la différence de résultat qu'il produit.

Ce système est, en définitive, moins compliqué qu'il ne paraît d'abord : Prendre momentanément comme base de la réduction le disponible le plus faible, pour toutes les libéralités, même pour celles qui ont droit au disponible le plus fort, mais avoir soin d'imprimer momentanément aussi à ces dernières libéralités une diminution proportionnelle à celle que l'on donne à leur disponible; quand la réduction est opérée sur cette base entre toutes les libéralités, le résultat, définitif pour ceux qui n'ont droit qu'au plus petit disponible, et provisoire seulement pour les autres, se complète en partageant entre ces derniers la part de disponible qui ne se trouve pas encore employée.

Quant à la différence des résultats, on va la voir dans un exemple qui servira en même temps à faire mieux comprendre les trois systèmes. Soit un père ayant un enfant et 80 000 francs de patrimoine, et qui a légué 20 000 francs à sa seconde femme, 20 000 francs à Primus et 40 000 à Secundus.

Dans le système de Toullier, on dira que le disponible le plus fort étant de 40 000 francs, et le défunt ayant légué 80 000 francs, chaque legs doit être réduit de moitié; en sorte qu'*on donnera* 10 000 francs *à la femme,* 10 000 francs *à Primus,* 20 000 francs *à Secundus.*

Dans le système de Delvincourt, on réduira les legs (en les laissant tous ce qu'ils sont) d'après le plus petit disponible, qui est le quart, ce qui donnera 5 000 francs à la femme, 5 000 francs à Primus, 10 000 francs à Secundus; et les 20 000 qui restent disponibles se partageront entre Primus et Secundus proportionnellement à leurs legs,

c'est-à-dire un tiers ou 6666 fr. 66 cent. pour l'un, et 13333 fr. 33 c. pour l'autre; en sorte que définitivement *on donnera* 5000 francs *à la femme,* 11666 francs *à Primus, et* 23333 francs *à Secundus.*

Dans notre système à nous (qui croyons que le premier calcul donne trop à la femme, et que le second lui donne trop peu), en supposant d'une part, pour un instant, que le disponible de Primus et de Secundus n'est que du quart, et en frappant ainsi ce disponible d'une diminution momentanée de moitié, on aura soin de frapper aussi leurs deux libéralités (momentanément toujours) de cette même diminution de moitié. On dira donc : les deux legs de Primus et de Secundus étant supposés de 10000 francs et de 20000 francs, leur réunion avec le legs de 20000 francs fait à la femme forme 50000 francs, dont le disponible le plus faible (20000 francs) représente les deux cinquièmes; chaque legs doit donc être réduit à deux cinquièmes de sa valeur actuelle, ce qui donne 8000 francs à la femme, 4000 francs à Primus et 8000 francs à Secundus. Cette opération faite, il reste un disponible de 20000 francs dont il faut donner le tiers (6666 fr. 66 cent.) à Primus, et les deux tiers (13333 fr. 33 cent.) à Secundus; en sorte que définitivement *on donnera* 8000 francs *à la femme,* 10666 francs *à Primus, et* 21333 francs *à Secundus.*

On voit que les 10000 francs que le système de Toullier attribuerait ici à la femme, et qui seraient réduits à 5000 francs dans le système de Delvincourt, ne seront réduits qu'à 8000 francs d'après notre doctrine.

RÉSUMÉ DU TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS.

I. — La donation, comme l'indique l'étymologie même de son nom, *dono-datio*, est une aliénation faite à titre gratuit.

On distingue deux grandes classes de donations : les donations entre-vifs ou *donations* spécialement dites; et les donations testamentaires ou *testaments.*

Après avoir indiqué dans un premier chapitre les règles générales et préliminaires qui s'appliquent aux deux modes de disposition, nous parlerons spécialement des donations dans le chapitre II, et des testaments dans le chapitre III, pour exposer dans un quatrième et dernier chapitre les principes de certaines libéralités présentant un caractère particulier, et qui se font indifféremment par l'un ou l'autre mode de disposition; nous voulons parler des substitutions fidéicommissaires et des partages faits par des ascendants entre leurs descendants.

CHAPITRE PREMIER.

RÈGLES PRÉLIMINAIRES COMMUNES AUX DONATIONS ET AUX TESTAMENTS.

II. — Les principes que nous avons à étudier ici sont surtout relatifs 1° à la capacité de disposer ou de recevoir gratuitement, et 2° à la quotité de biens qui peut faire l'objet des dispositions gratuites.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR A TITRE GRATUIT.

III. — En principe, toutes personnes sont capables de disposer et de recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament; et celles-là seulement en sont incapables qui sont déclarées telles par la loi (article 902).

La capacité et l'incapacité de donner se nomment quelquefois *actives*, par opposition à celles de recevoir, que l'on appelle capacité et incapacité *passives*.

L'incapacité, soit active, soit passive, n'a pas toujours la même nature. Tantôt elle constitue une absence complète de la capacité, et entraîne dès lors la nullité absolue de l'aliénation ou de l'acquisition qui se trouve ainsi sans aucune existence légale. Tantôt, au contraire, c'est seulement l'imperfection de cette capacité produisant simplement l'annulabilité de l'acte, lequel existe alors, tout vicié qu'il est, et finit même par devenir pleinement valable si l'on n'en provoque pas l'annulation dans les délais voulus.

Examinons séparément, 1° les incapacités de donner, et 2° les incapacités de recevoir, en ayant soin de ne pas perdre de vue, dans chacune de ces deux classes, la distinction importante que nous venons d'indiquer.

§ 1er. — Des incapacités de disposer.

IV. — Sont d'abord incapables, et pleinement incapables, de disposer, les personnes actuellement privées de l'usage de leur raison; et cette règle s'applique ici dans toute son étendue et sans qu'on puisse y apporter le tempérament qu'elle reçoit dans les actes à titre onéreux. On a vu, dans le résumé du titre *De la Majorité* (n° VI, alin. 4), que l'annulation d'un acte à titre onéreux ne peut plus être demandée pour défaut de raison de son auteur, quand cet auteur est mort sans qu'on ait provoqué son interdiction pendant sa vie. Or, cette règle ne s'applique point aux actes gratuits; et du moment qu'il est reconnu que la disposition a été faite par un homme qui n'avait pas son bon sens dans le moment, qu'il fût interdit ou non, que sa déraison fût habituelle ou momentanée, qu'elle provînt de telle ou telle autre cause, il n'importe, cette disposition sera nulle de nullité absolue, ce sera le néant (art. 901).

Le paroxysme de la colère peut quelquefois faire perdre la raison pendant quelques instants, et la donation qui se ferait alors serait nulle d'après ce qui vient d'être dit. Mais il y a loin de là à proclamer, comme on le faisait autrefois, la nullité de toute donation faite par esprit de colère, de haine ou de vengeance : notre Code n'admet pas l'action *ab irato*. Il n'admet pas non plus, comme principe d'incapacité du disposant et de nullité de l'acte, la suggestion ou la captation ; mais si, pour suggérer ses idées au disposant ou capter sa bienveillance, les bénéficiaires avaient usé de moyens frauduleux, on pourrait arriver quelquefois, suivant la gravité des circonstances, à faire briser l'acte pour erreur ou dol, conformément aux principes généraux qui seront exposés dans le titre suivant. Mais ce ne serait là, toujours d'après ces mêmes principes, qu'une cause d'annulabilité, et non un cas de nullité radicale comme le défaut de raison (*ibid.*).

Nous venons de dire que ce défaut de raison constitue toujours et nécessairement l'incapacité complète du disposant, sans qu'il y ait à considérer s'il y a ou non interdiction. Mais l'existence de l'interdiction est cependant loin d'être indifférente, puisqu'elle produit par elle-même l'incapacité de second ordre dont on a parlé plus haut. La disposition faite par un interdit dans un intervalle lucide serait donc annulable pendant dix années, à partir de la mainlevée de l'interdiction (*ibid.*).

V. — Une nouvelle cause d'incapacité, et d'incapacité absolue, se trouve dans la minorité du disposant. Au-dessous de seize ans accomplis, le mineur, émancipé ou non, est incapable de faire aucune disposition gratuite ; au-dessus de seize ans, il ne peut disposer que par testament et seulement pour la moitié de ce qu'il pourrait donner s'il était majeur. Il y a toutefois exception à cette règle pour la donation entre-vifs que le mineur ferait à son conjoint par son contrat de mariage : celle-là lui est permise à tout âge (art. 903 et 904).

VI. — La femme mariée est incapable de donner entre-vifs autrement qu'avec le consentement de son mari ou l'autorisation de la justice : quand même elle serait séparée de biens et qu'il s'agirait de son mobilier, puisqu'elle n'a le droit d'aliéner ce mobilier que pour les besoins de son administration. Cette règle, au surplus, n'étant que l'application de l'incapacité générale d'aliéner à laquelle la femme mariée est soumise, et cette incapacité ne produisant, comme on le sait, qu'une nullité relative, la donation ainsi faite sans autorisation serait simplement annulable, et seulement pendant dix ans à compter de la dissolution du mariage. Quant au testament, la femme n'a besoin d'aucune autorisation pour le faire (art. 905).

VII. — Il nous reste à parler ici du sourd-muet, sur la capacité active duquel la loi garde le silence. Dans ce silence du Code, on ne peut pas évidemment le déclarer incapable ; mais comme il faut, bien entendu, que le disposant puisse accomplir les formes que nous verrons exigées plus tard, soit pour la donation, soit pour le testament, et que l'acte, à défaut de ces formes, resterait nul et non avenu, il s'ensuit

que le sourd-muet qui ne saurait pas écrire se trouverait à peu près dans le même état que s'il était incapable personnellement et absolument.

VIII. — Ainsi, et pour résumer ce paragraphe,

Sont frappés de l'incapacité complète, 1° toute personne actuellement privée de l'usage de sa raison, pour toute espèce de dispositions; 2° le mineur de moins de seize ans accomplis, pour toute disposition aussi; celui de seize à vingt et un ans, pour la donation, et, dans le testament, pour ce qui excéderait la moitié des biens disponibles; 3° le sourd-muet ne sachant pas écrire, pour toute disposition;

Sont frappés de l'incapacité imparfaite, 1° l'interdit jouissant de sa raison au moment où il dispose, pour toute disposition; 2° la femme mariée non autorisée par son mari ou par la justice, pour la donation seulement.

§ 2. — Des incapacités de recevoir.

IX. — Nous avons déjà dit que l'incapacité de recevoir est tantôt complète et tantôt imparfaite, comme l'incapacité de disposer; ce qui signifie, comme on le sait, que quelquefois l'acquisition ne se réalise pas, et que d'autres fois elle s'accomplit et peut seulement être annulée.

Au premier rang des personnes complétement incapables de recevoir, il faut placer celles qui n'existent pas encore. Cependant, il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire soit né pour pouvoir recueillir la disposition, il suffit qu'il soit conçu; mais il ne recueille toutefois que sous la condition de naître viable. Le moment où la conception est nécessaire est, dans le testament, celui du décès du testateur, parce que c'est alors que le testament cesse d'être un projet et devient acte de disposition; dans la donation qui ne serait acceptée que par un acte postérieur, c'est seulement lors de l'acceptation, puisque c'est cette acceptation qui, en réalisant le concours des volontés, forme le contrat (art. 906).

Nous verrons, au surplus, au chapitre suivant, que certaines donations peuvent, par exception à cette règle, se faire à des enfants qui ne sont pas encore conçus.

X. — Dans la crainte qu'un tuteur n'abusât de sa position pour se faire faire des libéralités par son pupille et pour rendre illusoire son obligation de rendre ses comptes, la loi déclare que le tuteur d'un mineur, quel que soit l'âge de celui-ci, et aussi l'ex-tuteur du nouveau majeur (ou, à plus forte raison, d'un mineur), tant qu'il n'a pas rendu et apuré son compte, ne peuvent rien recevoir de leur pupille ou ex-pupille, ni par donation ni par testament. Remarquons que la prescription de dix ans, à partir de la majorité du pupille, mettant l'ex-tuteur à l'abri de toute poursuite en reddition de compte et dans la même position que si ce compte était rendu, le relèverait par conséquent de l'incapacité dont il s'agit (art. 907).

La règle s'applique à tous tuteurs (ou ex-tuteurs) de mineurs; mais

elle ne s'applique qu'à eux. Ainsi, le tuteur officieux, qui prend la charge par esprit de bienfaisance; le protuteur administrant dans les colonies les biens du pupille demeurant en France, ou réciproquement; le cotuteur, qui répond de l'administration avec sa femme, sont tous frappés de l'incapacité. Au contraire, la règle ne s'appliquera pas au tuteur *ad hoc,* qui, malgré son nom, n'est pas un véritable tuteur et n'administre pas, ni au subrogé tuteur, qui n'est qu'un sous-tuteur et n'administre pas non plus. La loi ne s'applique pas non plus à l'ex-tuteur d'un interdit, et c'est avec raison; car il n'aura pas acquis, sur l'esprit d'un malheureux privé de sa raison, l'influence qu'il est si facile de prendre sur l'esprit d'un enfant, et on ne peut pas le placer, vis-à-vis d'un homme mûr, dans l'état de suspicion dont il serait naturel de le frapper vis-à-vis d'un jeune homme sans expérience (*ibid.*).

On excepte de cette prohibition les tuteurs ou ex-tuteurs qui sont ascendants du disposant; cette seule qualité d'ascendants les met à l'abri de la défiance qui motive l'incapacité (*ibid.*).

XI. — Par un motif de défiance analogue, la loi déclare nulle, en principe, toute libéralité faite par un malade, pendant la maladie dont il est mort, au médecin qui l'a traité, ou au ministre du culte qui l'a assisté dans cette maladie. Et, sous le nom de médecin, il faut comprendre aussi les empiriques ou charlatans, car ils font métier de guérir les malades; l'illégalité de leur exercice ne saurait évidemment devenir une cause de faveur, et la cupidité est assurément beaucoup plus à craindre chez eux que chez le médecin qui exerce licitement. Il faut, du reste, qu'il y ait eu traitement, c'est-à-dire une série de soins, et une simple consultation ne suffirait pas. De même, il faut que le ministre du culte ait rempli près du malade des fonctions de nature à lui donner de l'influence sur son esprit (art. 909).

La règle, au surplus, ne s'applique pas au médecin ou au ministre qui serait l'époux de la personne malade. Entre conjoints, ce n'est plus seulement dans le cas ici prévu que l'influence est à craindre; c'est chaque jour, à chaque instant. Il fallait donc prendre pour eux une précaution incessante, absolue, indépendante de telle ou telle qualité, et qui garantît aussi bien le mari contre la femme que la femme contre le mari; elle existe, en effet, et nous l'indiquerons à la section III du chapitre suivant. La libéralité sera donc valable entre époux, quand même le mariage ne se serait accompli que pendant la maladie, à moins qu'il ne fût établi que le mariage n'avait été contracté que pour arriver ensuite à la libéralité, et échapper ainsi à la prohibition.

Deux exceptions sont apportées à la règle. — Sont valables, d'abord, les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, et ne dépassant pas, eu égard à la fortune du disposant, les limites d'une simple récompense. — La seconde exception est fondée sur la parenté. Si le malade ne laisse pas d'héritiers en ligne directe, toute disposition, même universelle, est valable au profit du médecin ou du ministre qui se trouve être parent du malade au quatrième degré ou à un degré plus proche. Que si le malade a des héritiers en ligne directe, la dispo-

sition ne vaut qu'autant que le médecin ou le ministre est lui-même l'un de ces héritiers (*ibid.*).

XII. — Les communes, les établissements publics et toutes autres collections d'individus formant une personne morale ne peuvent recueillir une libéralité que sous l'autorisation du gouvernement, qui doit veiller au maintien des droits des familles et prévenir le trop grand accroissement de richesses des corporations. Pour de l'argent ou des choses mobilières n'excédant pas la valeur de 300 francs, l'autorisation est donnée par les préfets ; dans les autres cas, elle ne peut résulter que d'un décret de l'Empereur (art. 910). (1)

XIII. — La femme mariée ne pouvant pas acquérir, même à titre gratuit, sans autorisation de son mari ou de la justice, elle serait donc incapable, sans cette autorisation, de recueillir la donation ou le legs. On sait, au surplus, que ce n'est là qu'un cas d'incapacité imparfaite, en sorte que l'acceptation ainsi faite irrégulièrement ne serait pas nulle radicalement, mais seulement annulable sur la demande de la femme ou de ses ayants cause (art. 934).

La même règle s'applique aux dispositions qui seraient acceptées par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur (art. 935).

Il en serait de même encore du mineur non émancipé et de l'interdit qui accepteraient la libéralité par eux-mêmes, au lieu de la laisser accepter par leurs représentants légaux. Ces représentants, en ce qui touche les mineurs, ne sont pas seulement ici leurs tuteurs ; ce sont aussi, même pour les mineurs émancipés, tous leurs ascendants : la loi, par un texte exprès, leur confère le droit d'accepter solennellement la donation, et, à plus forte raison, celui d'accepter un legs. Mais cette faculté n'est pas étendue aux ascendants d'un interdit, au nom duquel, dès lors, la libéralité ne peut être régulièrement acceptée que par le tuteur (*ibid.*).

Quant au sourd-muet, il peut toujours recueillir le bénéfice d'un testament, l'acceptation du legs n'étant soumise à aucune forme spéciale. Pour la donation, il faut distinguer : il peut l'accepter lui-même, s'il sait écrire ; dans le cas contraire, elle doit être acceptée pour lui par un curateur nommé par un conseil de famille, et l'acceptation qu'il ferait par lui-même resterait nulle et non avenue. Le sourd-muet qui ne sait pas écrire serait donc, quant à la donation, tant qu'il n'aurait pas de curateur, dans le même état que s'il était personnellement incapable de recevoir (art. 936).

XIV. — Pour résumer sommairement les règles ci-dessus, et sans reproduire les exceptions que nous avons signalées, nous dirons :

Sont atteints d'une incapacité complète de recevoir : 1° les personnes qui ne sont pas encore conçues au moment de la disposition, ou qui, étant conçues, ne naîtraient pas viables ; 2° le tuteur et aussi l'ex-tuteur qui n'a pas encore apuré son compte, pour toutes les libéralités

---

(1) L'autorisation est donnée par les préfets, aujourd'hui, pour les dons et legs de toute sorte de biens, lorsqu'il n'y a pas réclamation des familles. (Décr. 13 avr. 1861, tab. A, n° 49. *Voy.* aussi Décr. 15 fév. 1862.)

qui lui seraient faites par son pupille ou ex-pupille ; 3° les médecins et ministres du culte qui ont traité ou assisté une personne dans la maladie dont elle est morte, pour les libéralités à eux faites par cette personne dans le cours de cette même maladie ; 4° les communes, établissements publics et autres personnes morales, tant qu'elles ne sont pas habilitées par une autorisation spéciale du gouvernement ; 5° enfin, et pour les donations entre-vifs seulement, le sourd-muet ne sachant pas écrire, tant qu'il n'est pas assisté d'un curateur (encore ce n'est pas là une incapacité proprement dite, et la règle qui va être indiquée au numéro suivant ne s'appliquerait pas à ce cas).

Sont soumis à l'incapacité imparfaite, qui laisse, à la vérité, se réaliser l'acquisition, mais en permettant de la faire annuler : 1° le pupille et l'interdit qui viendraient accepter eux-mêmes la libéralité, au lieu de laisser ce soin à leurs représentants légaux, qui seuls peuvent le faire régulièrement ; 2° le mineur émancipé qui accepterait sans l'assistance de son curateur, et 3° la femme mariée qui le ferait sans l'autorisation de son mari ou de la justice.

XV. — Toutes les fois qu'une disposition, faite en apparence à titre onéreux au profit d'une personne incapable de recevoir gratuitement, sera reconnue être une donation, ou quand une libéralité ne s'adresse à une personne capable que pour être remise par celle-ci à une personne incapable, la disposition ainsi déguisée ou faite à personne interposée sera nulle, du moment que la simulation ou l'interposition auront été prouvées ; il en serait de même s'il était établi qu'une libéralité a été procurée à la personne incapable par toute autre voie indirecte, quelle qu'elle fût. — Il est même un cas où l'interposition de personnes est présumée de plein droit, en sorte qu'elle n'a pas besoin d'être prouvée, et qu'on ne peut pas même prouver qu'elle n'existe pas. C'est quand le donataire se trouve être le père, la mère, le conjoint ou le descendant d'une personne incapable et actuellement vivante (article 911).

SECTION II.

DE LA QUOTITÉ DE BIENS DONT ON PEUT DISPOSER PAR DONATION OU TESTAMENT.

XVI. — Le patrimoine de chaque personne est divisé par la loi en deux parties, dont l'une peut être donnée au gré du propriétaire, tandis que l'autre est soustraite à son droit de disposition gratuite, et doit nécessairement arriver à ses successeurs *ab intestat*. La première se nomme *portion disponible,* ou *quotité disponible ;* la seconde s'appelle *portion réservée, succession réservée,* ou simplement *réserve.*

Il ne s'agit donc plus ici de la capacité des personnes, mais de la disponibilité des biens ; en sorte que les règles de cette section forment des statuts réels, dont les conséquences, dès lors, ainsi qu'on l'a vu dans le résumé du *Titre préliminaire* (n° III, 2° et 3°, et n° IV), seraient fort différentes de celles que produisent les statuts personnels qui composent la section précédente. — Toutefois, les règles de disponibilité auxquelles nous arrivons ont une influence évidente sur l'une des

règles de capacité indiquées à cette précédente section. Nous voulons parler de la capacité de disposer (par testament) pour le mineur de seize à vingt et un ans. Cette capacité n'existant que pour une fraction du disponible (la moitié), il est clair qu'elle sera plus ou moins étendue, selon l'étendue de celle-ci, et qu'elle suivra toutes les variations que la quotité disponible va nous présenter.

Après avoir examiné de quelle quotité de biens un propriétaire peut disposer selon les différents cas, nous parlerons de l'action en *réduction* par laquelle les successeurs *ab intestat* peuvent faire retrancher, des libéralités faites par leur auteur, ce qui aurait été donné au delà de cette quotité.

§ 1er. — De la quotité disponible et, par contre, de la réserve.

XVII. — La quotité disponible se règle d'après des systèmes différents, selon que la disposition s'adresse 1° à l'enfant naturel du disposant, ou 2° à son conjoint, ou 3° à toutes autres personnes. On distingue donc la quotité disponible ordinaire, la quotité disponible entre époux, et la quotité disponible pour les enfants naturels.

1. *Quotité disponible ordinaire.*

XVIII. — La quotité disponible ordinaire varie d'après la qualité et le nombre des héritiers que se trouve avoir le défunt. Par conséquent, c'est seulement après la mort du disposant que l'on sait s'il a ou non donné au delà de son disponible, s'il a ou non entamé la réserve, et même s'il y a lieu à réserve pour sa succession.

Il n'y a de réserve, d'abord, que quand la succession est recueillie par des descendants légitimes, adoptifs ou même naturels, ou par des ascendants légitimes ; les collatéraux, le conjoint et l'État n'en ont jamais (art. 916).

Le disponible est de la moitié des biens si le défunt a pour héritier un seul enfant légitime ; du tiers, s'il en a deux, et du quart, s'il en a trois ou davantage. Des petits-enfants ou des descendants plus éloignés ont le même droit que les enfants, sans distinguer s'ils viennent par représentation ou de leur chef ; mais ils ne comptent, dans tous les cas, que pour l'enfant dont ils sont issus. — Par suite, la réserve se trouve fixée à moitié pour un seul enfant (ou les ascendants de cet enfant), à deux tiers pour deux enfants, et à trois quarts pour un plus grand nombre (articles 913 et 914).

Sous le nom d'enfants, il faut comprendre ici non-seulement les enfants légitimes ou légitimés, mais aussi les enfants adoptifs, puisqu'un texte exprès leur accorde tous les droits héréditaires de l'enfant conçu en mariage (*ibid.*).

Les enfants naturels ont également droit à une réserve, alors même qu'ils concourent avec des héritiers légitimes. En effet, le droit de l'enfant naturel sur la succession de l'auteur qui l'a reconnu étant alors de

la même nature que le droit de l'enfant légitime, puisqu'il en est une fraction (le tiers, la moitié ou les trois quarts, selon les cas), cet enfant naturel aura donc une fraction de la réserve qu'aurait un enfant légitime.

Que si le défunt ne laisse aucun héritier légitime, l'enfant naturel aura alors la même réserve que les enfants légitimes eux-mêmes, puisqu'il est appelé comme eux à la totalité de la succession.

XIX. — Quand la succession du disposant est recueillie par des ascendants, soit qu'ils viennent seuls, soit qu'ils se trouvent en concours avec des collatéraux (par exemple, les père et mère ou l'un d'eux avec des collatéraux privilégiés, ou des ascendants quelconques dans une ligne avec des collatéraux ordinaires de l'autre ligne), la réserve est invariablement fixée à un quart de tous les biens pour les ascendants de chaque ligne, quels que soient le nombre et le degré de ces ascendants; en sorte qu'elle sera du quart s'il n'y a d'ascendants héritiers que dans une ligne, et de moitié s'il y en a dans toutes deux. — Par suite, la quotité disponible sera de moitié dans le second cas, et des trois quarts dans le premier (art. 915).

Ce droit de réserve, qui, lorsqu'il s'agit des descendants, appartient aux enfants adoptifs, et même, pour une certaine fraction, aux enfants naturels, n'appartient pas réciproquement aux pères et mères naturels ou adoptifs.

Pour les pères et mères naturels d'abord, aucun texte ne leur accorde, et on ne peut pas le leur donner par voie de conséquence de ce qu'il appartient à leurs enfants naturels vis-à-vis d'eux. L'auteur naturel est encore moins favorable que son enfant, puisqu'il est coupable du commerce illicite dont cet enfant est innocent : aussi ne succède-t-il à cet enfant qu'autant que ce dernier ne laisse ni descendants légitimes ni enfants naturels (résumé précédent, n°s XIX et XX), tandis que l'enfant lui succède malgré la présence d'enfants légitimes. Or, comme on ne pourrait pas se jeter dans une fixation arbitraire, et qu'il faut nécessairement, dans le silence de la loi, ou refuser la réserve en entier, ou l'accorder en entier également, il est clair que c'est le premier parti qu'il faut prendre, puisque le second conduirait à traiter exactement l'auteur naturel comme l'auteur légitime, et à épargner la bâtardise chez celui qui en est coupable, alors que la loi la frappe chez celui-là même qui en est innocent.

Quant aux pères et mères adoptifs, c'est évident, puisque la loi déclare expressément qu'ils n'auront le droit de succession vis-à-vis de l'adopté que sur les biens, provenant d'eux, qui se trouveraient encore dans le patrimoine du défunt. Ils n'ont donc aucun droit sur ceux dont ce défunt a disposé, et tout est disponible dès lors pour celui-ci.

On a vu, enfin, au résumé précédent (n° XI, *in fine*), que ce droit de réserve ne saurait appartenir non plus, et par la même raison, aux ascendants donateurs, en cette qualité.

Aucune réserve, comme on l'a dit déjà, n'étant due aux collatéraux, et le patrimoine entier, quant à eux, restant disponible, il s'ensuit que, dans le cas de concours des collatéraux et des ascendants, ceux-ci pré-

lèveront, sur la partie de biens dont le défunt n'a pas disposé, leur réserve tout entière, avant que les collatéraux puissent rien prendre.

XX. — C'était un point controversé autrefois que celui de savoir quels seraient le disponible et la réserve pour les dispositions faites en usufruit seulement. Ne pouvait-on donner l'usufruit que dans les limites où l'on pouvait donner la pleine propriété, ou bien pouvait-on donner en usufruit une valeur égale à celle de tout le disponible en propriété? Le Code tranche la difficulté. En principe, le disposant ne peut donner de l'usufruit ou du revenu que dans les limites dans lesquelles il peut donner la propriété même; mais l'héritier ne peut cependant pas faire réduire à une quotité moindre la disposition qui excède les limites voulues : il a le choix ou de l'exécuter en entier, ou de la supprimer en entier, en substituant l'abandon de tout le disponible en pleine propriété (art. 917).

Il est tout simple, au surplus, que, dans le cas de plusieurs héritiers, chacun d'eux soit libre d'opter comme il l'entendra, l'un donnant pour sa part l'usufruit qui fait l'objet de la disposition, l'autre la part qu'il doit dans la pleine propriété disponible.

2. *Quotité disponible entre époux.*

XXI. — Le Code établit pour les libéralités faites entre époux un disponible spécial, qui est quelquefois moindre, quelquefois plus fort que le disponible ordinaire. — On entend par libéralités entre époux, non-seulement celles que se font deux personnes actuellement mariées l'une à l'autre, mais aussi celles qu'elles se font avant leur union, en considération de cette union, soit dans leur contrat de mariage, soit en dehors de ce contrat.

Quand le disposant ne laisse pas d'enfants ou descendants pour héritiers, il a pu donner à son conjoint (soit d'un premier mariage, soit d'une seconde ou subséquente union) tout ce qu'il aurait pu donner à un étranger, et, en outre, l'usufruit du reste (art. 1094).

Quand il laisse des descendants, il faut distinguer si le conjoint donataire est ou non le second auteur de ces enfants.

1° S'il s'agit de l'auteur des enfants, la loi, voulant que le conjoint puisse toujours recevoir assez pour subvenir à ses besoins, ne réduit jamais jusqu'au *minimum* du disponible ordinaire; mais, d'un autre côté, comme les libéralités excessives sont bien plus à craindre entre époux qu'au profit d'autres personnes, elle ne permet pas d'aller non plus jusqu'au *maximum* de ce disponible ordinaire. Les besoins possibles du conjoint étant ici la principale considération de la loi, et ces besoins étant indépendants du nombre des enfants, le disponible est invariablement fixé à un quart de propriété, plus un quart d'usufruit, ou à une moitié en usufruit seulement (art. 1094).

On a élevé des doutes, dans ces derniers temps, sur la portée de cette règle du Code. On a prétendu que ce n'était là qu'une quotité facultative que le disposant peut donner quand elle se trouve plus forte que

le disponible ordinaire, quand ce dernier est plus considérable. Mais ce système ne saurait se soutenir en présence des travaux préparatoires du Code. Le Tribunat, en effet, avait demandé qu'il en fût ainsi : il proposait de changer la loi de telle façon que l'époux « pût toujours donner à son conjoint autant qu'il pourrait donner à un étranger. » Or, cette proposition fut rejetée; il a été définitivement déclaré au Tribunat, par l'organe de son rapporteur, que « le conjoint ne peut avoir qu'un quart de propriété et un quart d'usufruit ou une moitié en usufruit; et que si la disposition excédait ces bornes, elle serait réduite. » La même idée a été exprimée au Corps législatif par le commissaire du gouvernement.

On voit qu'ici, contrairement à la règle admise pour le disponible ordinaire, les dispositions d'usufruit sont soumises aux mêmes règles que les dispositions de propriété ; en sorte que, quand les limites légales sont dépassées, il y a lieu, pour les premières comme pour les autres, à la réduction directe, et non plus au choix pour l'héritier d'exécuter en entier la disposition, ou d'y substituer l'abandon de tout le disponible en propriété. C'est encore un point sur lequel l'historique de la confection du Code ne laisse pas de doute.

S'il arrivait que le disposant déclarât donner « ou un quart en propriété et un quart en usufruit, ou moitié en usufruit seulement », sans expliquer si c'est au bénéficiaire ou à l'héritier qu'il entend attribuer le choix de l'alternative, il est clair que ce serait là une question d'intention, un point de fait, que les magistrats décideraient d'après les circonstances.

2° Lorsque la libéralité est faite à un nouveau conjoint par un époux qui laisse des enfants ou descendants d'un où plusieurs précédents mariages, ce conjoint peut être compté pour un enfant de plus, et recevoir une part égale à celle qui restera à chacun des enfants. Que si, par suite de libéralités préciputaires, les enfants se trouvaient avoir des parts inégales, le conjoint ne pourrait pas avoir plus que celui des enfants qui aurait le moins; et il ne peut non plus, dans aucun cas, recevoir plus du quart des biens. Du reste, alors même que tous les enfants seraient morts, et que les petits-enfants qui les remplacent viendraient à la succession de leur chef, c'est toujours à une part calculée sur le nombre des enfants, et non à une part de petit-enfant, que le conjoint aurait droit (art. 1098).

Quand il y a plusieurs convols successifs de l'époux ayant des enfants d'un précédent mariage, la quotité qui vient d'être indiquée ne pourrait pas être donnée à chacun des nouveaux époux ; elle présente le maximum de ce qui peut être donné à l'ensemble de ces divers conjoints. Ainsi, du moment que l'époux ayant des enfants d'un précédent mariage aurait donné à son second conjoint ou une part d'enfant, ou le quart de son bien, il ne pourrait rien donner à un troisième époux. Telle était, en effet, la règle de notre ancien droit; et loin d'avoir manifesté l'intention d'adoucir ici les anciens principes pour élargir le disponible, les rédacteurs du Code, qui déjà s'étaient montrés plus sévères en dé-

fendant de donner jamais plus du quart (ce qui n'était pas défendu autrefois), ont formellement déclaré *maintenir*, au surplus, l'ancien état de choses (*ibid.*).

XXII. — Il nous faut maintenant considérer le disponible entre époux dans ses rapports avec le disponible ordinaire.

Il est d'abord hors de doute que les deux quotités ne peuvent jamais être cumulées; c'est-à-dire que le disposant ne pourrait pas donner en entier à un ou plusieurs conjoints le disponible qui vient d'être indiqué, en donnant en entier à d'autres la quotité disponible ordinaire. La somme des diverses libéralités ne peut jamais dépasser le chiffre du disponible le plus élevé, et qui est tantôt l'un, tantôt l'autre. Bien plus, il pourrait arriver qu'il y eût excès, quoique l'ensemble des libéralités ne dépassât pas le plus fort disponible. Ce résultat peut se présenter quand le disponible le plus élevé est celui du conjoint, ainsi que nous allons l'expliquer.

Remarquons d'abord que, quand le disponible spécial aux époux est plus considérable que le disponible ordinaire, l'excédant du premier sur le second ne peut jamais être donné qu'à ces époux; car c'est une ressource extraordinaire, un crédit supplémentaire qui ne peut servir que dans les cas et pour les personnes pour lesquelles il est ouvert. Or, quand le disposant a commencé par donner à des étrangers, il est clair qu'un conjoint pourra fort bien, après ceux-ci, recevoir l'excédant du disponible organisé tout exprès pour lui. — Ainsi, quand le père de trois enfants a d'abord donné à un étranger le quart de son bien (tout le disponible ordinaire), il est clair qu'il peut donner ensuite à son conjoint le quart d'usufruit qui, entre époux, se trouve disponible en outre du quart de propriété.

Il en est de même, quoi qu'on en ait dit (et la Cour suprême l'a reconnu), quand les diverses libéralités se font en même temps; car rien n'empêche de faire encore l'imputation de la même manière. — Ainsi, quand le père de trois enfants attribue, par une même donation, le quart de pleine propriété à un étranger et le quart d'usufruit à sa femme, on n'a pas le droit de dire que, si l'attribution de ce quart d'usufruit n'avait pas été permise pour la femme par la règle spéciale, le disposant le lui aurait également donné; que, dès lors, il l'aurait pris sur le disponible ordinaire, ce qui eût réduit l'étranger à un quart de nue propriété. On n'a pas le droit d'interpréter arbitrairement de cette façon ce que le disposant a fort bien pu entendre et vouloir autrement... Qui nous dit que le disposant ne tenait pas absolument à donner le quart de pleine propriété à l'étranger, comme il en avait bien le droit? Qui nous dit même qu'il ne tenait pas plus encore à la donation de l'étranger qu'à celle du conjoint? En tout cas, toutes deux lui étaient permises; et ce n'est pas par de simples suppositions, d'ailleurs gratuites, qu'on peut arriver à l'annulation de l'une d'elles.

Mais quand la donation du conjoint aura été faite la première, on ne pourra plus (en principe, du moins) imputer sa libéralité sur le disponible spécial, pour permettre ensuite au disposant de donner le dispo-

nible ordinaire à des étrangers; car c'est d'abord sur les crédits ordinaires que doivent se prendre les dépenses, et on ne doit recourir aux crédits supplémentaires qu'en cas d'insuffisance des premiers. Le don fait d'abord au conjoint s'imputera donc sur le disponible ordinaire, et s'il l'épuise, toute donation faite plus tard à un étranger sera nulle. — Ainsi, quand le disposant (toujours en supposant trois enfants) a d'abord donné un quart d'usufruit à sa femme par une première donation, et qu'il n'a donné le quart de pleine propriété à l'étranger que par une donation postérieure, la seconde libéralité (quoique, par sa réunion avec la première, elle ne dépasse pas le plus fort disponible) devra être réduite et ramenée à un quart de nue propriété... La donation du conjoint étant ici la première, elle doit s'imputer sur le disponible ordinaire, qui dès lors n'offre plus qu'un quart de nue propriété pour la donation qu'on a faite ensuite à un étranger... La preuve que, dans ce cas, on ne pourrait pas maintenir la seconde donation en entier sans faire profiter l'étranger du crédit extraordinaire ouvert seulement pour la femme, c'est que, si ce crédit n'existait pas, cette seconde donation n'aurait pas pu se faire comme on l'a faite, et n'aurait pu avoir pour objet que le quart de nue propriété.

Il en serait autrement si une partie de la première libéralité était de nature à ne pouvoir être donnée que d'après les règles particulières du disponible entre époux. Il faudrait bien alors, par la force même des choses, imputer cette partie sur le disponible extraordinaire, quoique le don fût fait le premier. — Ainsi, quand le disposant a d'abord donné à sa femme moitié en usufruit, et plus tard un quart de nue propriété à l'étranger, les deux dispositions devront être maintenues... On ne peut pas dire (quoique ce soit pourtant le système de la Cour de cassation) que si le bénéfice spécial au conjoint n'avait pas existé, la donation à lui faite de moitié en usufruit se serait trouvée excessive et aurait été transformée par l'héritier en un quart de pleine propriété; qu'ainsi, tout le disponible ordinaire aurait été épuisé; que, dès lors, la seconde donation n'aurait pas été possible... C'est là un sophisme évident. Quand le disposant a fait un acte qui lui était permis, on n'a certes pas le droit de dire qu'il l'aurait également fait s'il lui avait été défendu. S'il a donné moitié d'usufruit, c'est que la loi le permettait : l'acte est parfaitement légal, et doit dès lors être accepté tel qu'il est. Or, la moitié de cette moitié d'usufruit, c'est-à-dire un quart, n'a pu être donnée qu'en vertu de la règle spéciale, et en l'imputant sur le disponible extraordinaire; en sorte qu'on n'a pris sur le disponible ordinaire que l'autre quart d'usufruit. Par conséquent, le reste de ce disponible ordinaire, le quart de nue propriété, est demeuré libre pour la seconde donation (*voy.* art. 1100, n° II).

3. *Quotité disponible au profit des enfants naturels.*

XXIII. — Les libéralités faites à un enfant naturel par l'auteur qui l'a reconnu, ou aux descendants légitimes de cet enfant après la mort



de celui-ci, ne peuvent excéder la portion de biens attribuée à cet enfant naturel ou à ses représentants, dans le patrimoine de l'auteur, par la loi des successions. En conséquence, le disponible est ici : 1° en cas de concours avec des descendants légitimes du défunt, le tiers de la part héréditaire à laquelle l'enfant aurait eu droit s'il avait été légitime; 2° la moitié, si le concours a lieu avec des ascendants ou avec des collatéraux privilégiés; 3° les trois quarts, si ce concours se fait avec des collatéraux ordinaires (art. 908).

Les héritiers collatéraux, soit privilégiés, soit ordinaires, se trouvent ainsi avoir une réserve vis-à-vis des enfants naturels, tandis qu'ils n'en font jamais contre tous autres donataires, soit héritiers, soit étrangers, soit conjoints. Cette quotité restreinte ne peut être donnée, bien entendu, qu'aux enfants naturels simples; les bâtards adultérins ou incestueux ne peuvent recevoir que ce qui serait nécessaire pour leur procurer des aliments. Il est bien entendu aussi que la restriction apportée ici à la quotité disponible ordinaire n'a d'effet, pour les enfants naturels qui en sont l'objet, que quand ils sont légalement reconnus et seulement par rapport aux père et mère qui les ont reconnus. C'est évident, puisque le bâtard qui n'est pas authentiquement reconnu reste légalement étranger à ses père et mère, et que, dans le cas même de reconnaissance, il reste toujours étranger aux parents de l'auteur qui l'a reconnu.

Du reste, cette nouvelle quotité disponible n'étant jamais qu'une diminution du disponible ordinaire, il n'y a pas lieu ici aux difficultés que nous a présentées le disponible entre époux, par suite de l'avantage plus grand qu'il apporte quelquefois à ceux pour lesquels il est spécialement établi.

4. Règles communes aux trois quotités disponibles.

XXIV. — On a dû comprendre, d'après ce que nous avons dit jusqu'ici, que la fixation du disponible et de la réserve dépend, non pas de la qualité et du nombre des *successibles* que le disposant laisse à son décès, mais bien de la qualité et du nombre de ses *héritiers,* de ceux qui acceptent sa succession. Et en effet, la réserve n'étant rien autre chose que la succession même, en tant qu'elle est rigoureusement réservée par la loi, il est clair qu'il faut se porter héritier pour y avoir droit, et qu'elle ne saurait appartenir aux successibles qui renoncent, sans qu'on puisse distinguer à cet égard entre les enfants et d'autres parents. Il est vrai que le droit romain, suivi autrefois dans nos pays de droit écrit, avait une règle différente, et que le droit des enfants y était organisé, non comme un droit héréditaire, mais comme une créance sur les biens du père. Mais cette règle a été repoussée par les principes de nos coutumes nationales, principes reproduits par le Code Napoléon.

A Rome, le père pouvant, par son testament, enlever à son enfant non-seulement les biens, mais le titre même d'héritier, il eût été absurde d'exiger que l'enfant eût ce titre d'héritier pour réclamer sa

part des biens. Mais nos coutumes créèrent une théorie différente, plus rationnelle et plus simple. D'après elles, l'homme ne put ni donner ni enlever la qualité d'héritier; le testament ne fit plus que des légataires. De cette façon, l'enfant resta héritier malgré le père et nonobstant la disposition que ce père aurait faite de la totalité de ses biens. Dès lors, ce fut à ce titre d'héritier que l'enfant dut prendre sa légitime, laquelle ne fut plus que l'hérédité elle-même dans la partie forcément réservée : la *légitime* devint ainsi la *réserve*. — C'est cette création nationale des coutumes que le Code est venu consacrer.

Deux considérations établissent invinciblement cette vérité. — La première, c'est que le Code ne procède pas à l'établissement de la légitime par l'attribution à tels parents du droit de réclamer telle partie des biens, mais seulement par la limitation du droit qu'a l'auteur de disposer de sa fortune, ce qui laisse les biens déclarés indisponibles sous le principe de la transmission par succession légitime. Si les textes du Code avaient écrit pour tels parents le droit de garder ou de reprendre tels biens, on ne saurait pas si ce n'est là que le droit successoral lui-même, ou si c'est un droit particulier indépendant du titre de successeur *ab intestat*. Mais, au contraire, les biens, dans le système du Code, n'arrivant à ces parents après le décès de l'auteur que parce qu'ils sont restés malgré lui dans son patrimoine, il n'y a plus lieu de douter, et deux explications ne sont pas possibles; car les biens dont un défunt n'a pas disposé ne peuvent passer à ses parents que par la succession *ab intestat,* et celui qui répudie cette succession n'y peut avoir aucun droit. — Une seconde considération aussi décisive que la première, c'est que les rédacteurs du Code, dans leur projet, ont nettement formulé ce système; que tous les membres du conseil d'État, sans en excepter un, se sont formellement prononcés sur ce point, tellement que le seul d'entre eux dont les paroles avaient d'abord présenté quelque ambiguïté, ayant été sommé de déclarer catégoriquement s'il entendait « que le successible qui renonce pourrait néanmoins exercer la réduction », il répondit positivement que « celui qui répudie l'hérédité de son père ne serait pas reçu à quereller les donations », et qu'enfin le commissaire du gouvernement devant le Corps législatif vint y reproduire la même doctrine (art. 914, n° IV).

Du reste, quand les biens indisponibles ont été donnés et que les héritiers les font revenir par l'action en réduction des dispositions, les créanciers du défunt n'y ont aucun droit, parce que la rentrée du bien dans la succession ne s'accomplit que relativement aux héritiers, et non pas absolument; en sorte que, pour les créanciers, ces biens restent biens aliénés et mis hors du patrimoine du débiteur. Il arrive ici ce qui arrive pour les biens rapportés, qui, tout en rentrant dans l'hérédité quant aux héritiers, ne redeviennent cependant pas le gage des créanciers héréditaires, ainsi qu'on l'a vu au résumé précédent (n° XLVI). Toutefois, on a vu au même endroit que pour qu'il en soit ainsi il faut que les héritiers n'aient accepté que bénéficiairement, puisque,

sans cela, les créanciers héréditaires seraient devenus leurs créanciers personnels.

XXV. — Puisque la réserve est la succession même et que le successible qui renonce n'y peut avoir dès lors aucun droit, il s'ensuit que si ce successible avait reçu de son auteur, du vivant de celui-ci, des biens qui se trouvent définitivement faire partie de la réserve, sa renonciation le mettrait dans la nécessité de restituer ces biens aux héritiers acceptants. Ces biens ne lui ayant été donnés que par avancement d'hoirie et comme formant sa part dans la succession future, il n'y a plus droit du moment qu'il renonce à cette hoirie, qu'il répudie la succession (art. 917).

Il est vrai qu'une jurisprudence presque universelle s'est refusée jusqu'à présent à reconnaître cette vérité; mais les mille théories arbitraires qu'on a imaginées pour y échapper ne font que la rendre plus claire. En vain on dira que l'héritier qui renonce alors semble bien renoncer, mais ne renonce pas réellement (car la loi ne connaît pas de renonciations apparentes et fictives); ou bien que la renonciation est réelle sous tel et tel rapport, mais ne l'est pas sous tel autre (car il n'y a pas de demi-renonciation : on accepte ou on répudie, on est héritier ou on ne l'est pas); ou bien que la renonciation frappe sur les biens restant dans le patrimoine, mais qu'elle ne s'étend pas à ceux que l'héritier donataire a dans les mains (car on est héritier pour tout ou on ne l'est pour rien : *nemo pro parte hæres*); ou bien encore, que l'héritier par sa renonciation cesse bien d'être héritier, mais qu'il reste donataire, et que c'est à ce titre qu'il garde les biens (car on ne peut avoir comme donataire que des biens disponibles, et il s'agit de biens réservés); ou bien enfin, qu'il faut reconnaître ici deux quotités disponibles : 1° celle des étrangers et des héritiers collatéraux; 2° celle des héritiers réservataires, qui comprend, en outre de la première, la part de l'héritier dans la réserve, car cette nouvelle quotité disponible est purement divinatoire et ne trouve pas même un prétexte dans la loi (art. 919, II et III).

Ainsi, tout héritier qui a reçu du défunt des biens réservés cesse d'y avoir droit dès qu'il renonce à la succession. Mais il faut savoir quand la donation ainsi faite à l'héritier se trouvera composée de biens soumis à la réserve.

Ce n'est pas douteux quand cette donation a été faite à une époque où tout le disponible était épuisé déjà par des donations antérieures. Mais ce n'est pas là le seul cas. Il faut aussi reconnaître (et c'est un point admis par tous les arrêts) que la donation se trouvera prise sur la réserve, quoique faite à un moment où le disposant avait encore des biens disponibles, lorsqu'elle n'aura pas été faite par préciput et hors part, et que le disponible aura été employé plus tard en libéralités faites soit à des héritiers par préciput, soit à des étrangers. Il est évident, en effet, que le père de famille est maître de placer son disponible où il veut; et il n'est pas moins évident que sa volonté est que ses libéra-

lités préciputaires, ou faites à des étrangers, se prennent sur le disponible avant les simples avancements d'hoirie (*ibid.*, IV).

XXVI. — Une autre conséquence de ce que la réserve est la succession même et que le renonçant n'y a aucun droit (conséquence généralement méconnue jusqu'ici, mais qui n'en est pas moins certaine), c'est que ce renonçant ne peut pas être compté pour en fixer le montant.

D'abord, la succession réservée ayant ceci de particulier, que sa masse de biens se fait plus petite ou plus grande selon les cas, et se mesure précisément sur le nombre des enfants, ce serait méconnaître le but et la pensée de la loi que de calculer cette masse pour trois enfants quand elle doit être prise par deux, ou pour deux quand elle doit l'être par un seul. Le texte de la loi est d'ailleurs conforme à cette pensée; car, s'il est vrai que l'art. 913 indique comme base de calcul le nombre des enfants que le disposant *laisse à son décès*, on voit par l'examen de cet article et de vingt autres que partout, et dans la succession ordinaire comme dans la succession réservée, les mots *laisser tel parent* signifient dans le langage du Code *avoir ce parent pour héritier*, en sorte que c'est bien du nombre des enfants acceptant la succession que parle l'article. Les principes, enfin, ne permettent pas même le doute à cet égard; car toute renonciation ayant un effet rétroactif qui fait que, juridiquement, le renonçant n'a jamais été héritier, les enfants acceptant se trouvent donc avoir été, dès le décès, saisis seuls et à l'exclusion des renonçants.

Mais, dit-on, l'art. 786 déclare que, avenant une renonciation, la part du renonçant accroît à son cohéritier; donc, quand de deux enfants l'un renonce, c'est l'autre qui doit prendre seul tout ce que, sans la renonciation, ils auraient pris à deux. Cette idée est fausse deux fois pour une. D'une part, l'art. 786 ne présente point un principe de droit, mais de simples énonciations de fait qui ne jouent aucun rôle dans la théorie légale; et le seul principe juridique de la matière (principe dont l'art. 786 n'est lui-même qu'une application particulière) est dans cette règle que le renonçant est réputé avoir toujours été étranger à la succession. D'un autre côté, l'accroissement et aussi la dévolution, dont parle également le même article, sont ici impossibles d'impossibilité absolue, puisqu'ils ne sont autre chose que l'attribution *d'une même masse*, soit à *un plus petit nombre* d'héritiers, soit à des héritiers *d'une qualité différente*, et qu'ici précisément la masse change et *cesse d'être la même* par le changement *de nombre* ou *de qualité* des héritiers... La doctrine contraire, au surplus, se réfute elle-même par sa propre contradiction, puisque, tout en repoussant pour l'accroissement toutes les idées ci-dessus, elle les applique à la dévolution, dont la théorie est identiquement la même (art. 914, V).

XXVII. — Nous venons de voir que l'héritier renonçant ne peut pas être compté pour le calcul de la réserve et du disponible, et il en est de même, bien entendu, de l'héritier indigne : tous deux sont, quant à la succession, comme n'existant pas. Mais il en serait autrement de l'héri-

tier non réservataire qui se trouverait écarté de la succession par la présence d'un légataire universel.

Ainsi, que le défunt ait fait un legs universel en laissant un frère et un aïeul, cet aïeul, qui n'est pas héritier en présence du frère, ne pourra pas venir dire que le légataire universel se trouvant ici vis-à-vis d'un héritier non réservataire et ayant ainsi la saisine de tous les biens, le frère non réservataire devient aussi bien étranger à la succession que s'il y avait renoncé; que ce frère, dès lors, ne doit pas être compté; que c'est lui, aïeul, qui se trouve ainsi appelé à la succession *ab intestat;* que, par conséquent, il empêche la saisine du légataire et peut prendre sa réserve du quart. — Ce sophisme est trop grossier pour qu'on n'en sente pas le vice, puisqu'il revient à dire que le légataire est vis-à-vis de l'aïeul parce qu'il est vis-à-vis du frère, et qu'il n'est pas saisi parce qu'il est entièrement saisi!... Tant que le frère ne s'est pas fermé la porte de l'hérédité par une renonciation; tant que lui seul peut critiquer le testament et se trouve apte à profiter soit de la nullité du legs, soit de la répudiation du légataire, c'est lui dès lors qui conserve le titre d'héritier *ab intestat;* c'est donc avec lui que le légataire se trouve en rapport, et c'est par sa qualité qu'il faut décider s'il y a lieu ou non à une réserve. Or, le frère n'étant pas réservataire, tout le patrimoine sera donc disponible (art. 1006, n° III).

XXVIII. — Une dernière observation à faire ici, c'est que celui qui a droit à une réserve est toujours libre d'y renoncer et de venir comme héritier ordinaire. — Ainsi, quand un mineur de seize à vingt et un ans, et qui ne peut dès lors donner que la moitié de ce que pourrait donner un majeur, laisse pour héritiers son père et des collatéraux, il ne peut en principe léguer que la moitié de trois quarts, ou trois huitièmes; mais si c'est précisément au père que le legs s'adresse, celui-ci en renonçant à son droit de réserve rendra la disposition valable pour la moitié de toute la fortune. Et si le legs était par préciput, le père pourrait, tout en le recueillant, prendre sa part comme héritier dans l'autre moitié, et réunir ainsi sur sa tête soit les cinq huitièmes, soit les trois quarts du patrimoine, selon la qualité des collatéraux (art. 916, n° II).

§ 2. — De la réduction des libéralités.

XXIX. — L'action en réduction ayant pour but de former ou de compléter la succession réservée que le père de famille aurait épuisée ou entamée, et un droit de succession ne pouvant exister sur les biens d'une personne qu'après le décès de celle-ci, ce n'est donc qu'à la mort naturelle ou civile du disposant que l'on peut faire réduire, s'il y a lieu, ses libéralités. On a vu, d'ailleurs, que c'est précisément par le nombre et la qualité des héritiers acceptant la succession que se déterminent le montant de la réserve et la fixation des deux quotités. Tout ceci n'est donc possible, évidemment, qu'après le décès du disposant (art. 920).

Il est bien évident aussi que le droit de demander la réduction, ou

de profiter de la réduction opérée en prenant les biens qu'elle a fait revenir, n'appartient qu'à ces mêmes héritiers réservataires ou à leurs représentants ou ayants cause : ni les donataires, ou légataires, ni même les créanciers héréditaires ne sauraient l'exercer, puisque les biens étaient sortis du patrimoine, et n'y rentrent par la réduction que quant aux héritiers réservataires et pour eux seuls, ainsi qu'on l'a dit plus haut (art. 921).

Toutefois, si l'héritier réservataire avait accepté purement et simplement, les créanciers héréditaires profiteraient de la réduction et pourraient même la demander, puisque, par l'effet de l'acceptation pure et simple, ces créanciers seraient devenus créanciers personnels et ayants cause de cet héritier (1).

XXX. — Pour savoir si la réserve est entamée par les libéralités du défunt et de combien elle l'est, il faut évidemment commencer par fixer le chiffre de tout l'ensemble des biens, pour voir quelle fraction en est réservée, et quelle autre est disponible.

Pour cela, on pose d'abord la valeur de tous les biens que le défunt laisse en mourant, sans distinguer entre ceux dont il a disposé par testament et ceux qu'il laisse à ses héritiers, et en les estimant tous à la valeur qu'ils avaient au jour même du décès. C'est à cette valeur du jour du décès qu'il faut toujours s'en tenir, alors même qu'elle se trouverait augmentée ou diminuée au moment où l'on fait l'estimation; parce que c'est au décès, lorsque s'ouvre la succession, que se fixe le droit à la réserve, et que c'est sur l'ensemble des valeurs formant alors le patrimoine que l'héritier doit avoir telle fraction, et les donataires telle autre fraction. — La valeur générale des biens existant au décès étant fixée, on en réduit le montant des dettes, pour ne compter que l'excédant de l'actif sur le passif. Si le passif égale l'actif, on aura *zéro;* il faut bien remarquer qu'il en serait ainsi, et qu'il faudrait toujours faire balance parfaite entre l'*avoir* et le *débet,* alors même que le passif excéderait de beaucoup l'actif. On va bientôt comprendre pourquoi. — Cette double opération une fois terminée, on fait le calcul de tous les biens que le défunt a donnés dans le cours de sa vie, en s'attachant à la valeur qu'ils auraient présentée au moment du décès si la donation n'en avait pas été faite. Ainsi, on ne tient pas compte des détériorations ou améliorations provenant du fait des donataires, parce

(1) On pourrait croire, au premier coup d'œil, que l'acceptation pure et simple enlève le droit de faire réduire. L'héritier, dirait-on, quand il accepte purement, devient le représentant parfait du défunt, en sorte qu'il est obligé à tout ce à quoi le défunt était obligé; et comme le défunt n'aurait pas pu critiquer lui-même ses propres libéralités, l'héritier pur et simple ne le peut pas davantage. — Ce serait là une erreur grave. Quoique l'héritier pur et simple continue la personne défunte, il a cependant des droits (et aussi des obligations), qui, bien qu'ils résultent de ce titre d'héritier, lui sont pourtant propres, et naissent en sa personne sans avoir jamais existé chez le défunt; en sorte que le titre d'héritier est seulement la *condition* de ces droits, qui ne trouvent leur *cause* que dans la disposition spéciale de la loi. Tel est précisément le droit de faire réduire (et telle aussi l'obligation d'acquitter les legs).

que la succession ne doit ni gagner ni perdre à ce que les donations aient eu lieu. Mais on tiendra compte, au contraire, et par la même raison, des détériorations ou améliorations indépendantes du fait des donataires. Il ne faut donc pas suivre à la lettre la règle du Code, qui veut qu'on prenne ici pour base l'état dans lequel étaient les biens au moment de la donation; car si cette règle a pour résultat de faire abstraction des changements d'état provenant des donataires (ce qui est très-juste), elle aurait pour résultat aussi de ne pas tenir compte non plus des changements d'état provenant d'accidents naturels et que les biens auraient également subis dans les mains du donateur, ce qui est évidemment inadmissible. Encore une fois, la valeur qu'il faut prendre est celle que les biens auraient s'ils n'avaient pas été donnés, s'ils étaient restés aux mains du disposant (art. 922).

La valeur générale de tous les biens donnés entre-vifs étant connue, on l'ajoute à l'excédant d'actif, s'il y en a; et on calcule, sur le chiffre total, quelle portion est réservée, quelle autre est disponible, eu égard à la qualité et au nombre des héritiers et à la qualité aussi de ceux auxquels les libéralités s'adressent. Que si les biens existant au décès ne présentent pas un excédant d'actif, c'est seulement sur la valeur des biens donnés entre-vifs que le calcul se fait; mais toujours sur leur valeur totale, quand même la succession laisserait à découvert un passif considérable. C'est évident, puisqu'on a vu que les créanciers héréditaires ne peuvent pas se faire payer sur les biens aliénés, alors même que l'action en réduction les fait rentrer dans le patrimoine. C'est pour cela que nous avons dit plus haut que, malgré l'excédant du passif sur les biens existant au décès, on balance néanmoins les deux valeurs sans tenir compte de cet excédant. La règle du Code, qui dit que la déduction des dettes se fera sur la valeur réunie des biens existant au décès et des biens donnés entre-vifs, serait donc inexacte pour le cas particulier où les biens existant au décès se trouveraient inférieurs au passif (*ibid.*).

XXXI. — Quand le chiffre du disponible est fixé et que l'ensemble des libéralités faites par le défunt le dépasse, il y a lieu à réduire. Mais comment et dans quel ordre ces libéralités seront-elles frappées par la réduction?

Tant que le disponible n'a pas été épuisé aux mains du père de famille, ses dispositions ont été valablement faites; et c'est seulement quand il a continué de donner après épuisement du disponible qu'il a fait des libéralités de nature à être critiquées. Donc l'annulation doit se faire par ordre de dates, en commençant par les dispositions plus récentes pour remonter aux plus anciennes.

Il faut donc savoir, avant tout, reconnaître la date d'une libéralité; et ce point n'est pas sans difficulté.

Et d'abord, les donations testamentaires, à quelque époque qu'on les ait écrites, ont toutes et toujours pour date le moment du décès du disposant, attendu que, pendant la vie de celui-ci, elles sont de simples pro-

jets qui ne deviennent actes de disposition que par le décès même. Ces libéralités devront donc se réduire toutes en même temps, chacune en proportion de son importance (art. 923).

Quant aux donations entre-vifs, elles ont pour date le moment où s'est formé le contrat, où s'est réalisé le concours des volontés, c'est-à-dire le moment de l'acceptation du donataire, soit que cette acceptation ait eu lieu en même temps que l'offre du donateur, soit qu'elle n'ait été faite que plus ou moins longtemps après. Ces donations ne pourront donc être réduites qu'après l'annulation entière des legs; et chacune d'elles ne pourra être entamée que quand celles qui sont plus récentes auront été prises en entier (*ibid.*).

Mais il est une classe de donations, soit testamentaires, soit entre-vifs, qui ne sauraient rester soumises à cette règle générale. Nous voulons parler de celles qui, étant faites à des héritiers, et sans préciput (c'est-à-dire pour être prises, par le bénéficiaire venant à la succession, comme partie de cette succession, et à titre, non de donataire, mais d'héritier), n'étaient originairement que l'attribution même du droit héréditaire, et ne se sont transformées en donations véritables que par la renonciation que le bénéficiaire a faite à l'héritier (1). Celles-ci, évidemment, vis-à-vis des véritables donataires, ne peuvent avoir pour date, comme donations, que le moment où elles sont devenues telles par la renonciation de l'héritier. Mais ceci n'empêche pas, bien entendu, que pour les donataires imparfaits dont nous parlons, considérés entre eux, on ne maintienne la date de la disposition primitive : aucun d'eux ne peut se plaindre de la transformation au moyen de laquelle les autres viennent prendre une partie de disponible que le défunt n'avait pas voulu leur donner, puisque lui-même en fait autant. Ainsi ces donations bâtardes auront pour date : 1° entre elles, ou celle du contrat (si elles sont entre-vifs), ou celle du décès (si elles sont testamentaires); et 2° par rapport aux donations proprement dites, celle de la renonciation qui les a transformées (art. 923, n° II).

On se trouve donc conduit à distinguer ici non plus deux classes seulement, mais quatre classes de libéralités, que l'on réduira dans l'ordre suivant : d'abord les legs faits sans préciput aux héritiers renonçants, lesquels seront tous frappés simultanément; en second lieu, par ordre de dates, les donations entre-vifs faites sans préciput à ces mêmes héritiers; en troisième ordre seulement, et tous ensemble, tous les autres legs; en quatrième lieu, enfin, et par ordre de dates, les autres donations entre-vifs.

Nous disons que les legs (soit ceux de la première des quatre classes ci-dessus, soit ceux de la troisième) seront toujours réduits simultanément (ceux d'une même classe, bien entendu), par la raison qu'ils ont tous une même date, celle du décès de leur auteur. Si donc il n'y a pas

(1) La loi, en effet, attache alors à la renonciation du successible la faveur, étrange peut-être, de pouvoir conserver comme donataire ordinaire ce que le disposant n'avait permis de prendre que comme héritier.

lieu de les annuler tous en entier, et qu'il s'agisse seulement de leur faire subir une réduction partielle, cette réduction les frappera tous proportionnellement et au marc le franc, sans distinction ni entre les legs de sommes d'argent et ceux d'objets déterminés, ni entre les legs universels ou à titre universel et les legs particuliers. Pour cela, on fixera la valeur effective que chaque legs produirait à son légataire s'il n'y avait pas de réduction; on additionnera les valeurs particulières des différents legs pour connaître la valeur totale des biens légués; on déterminera ensuite de quelle fraction cette valeur totale doit être diminuée pour que les héritiers aient leur réserve complète, et on réduira de cette fraction la valeur particulière de chaque legs (*ibid.*).

XXXII. — La règle générale que nous venons d'indiquer peut se trouver inapplicable, soit par une déclaration spéciale du disposant, soit par l'effet des rapports du disponible ordinaire avec le disponible entre époux.

Le père de famille étant toujours maître de placer son disponible où il veut, il est clair qu'il faudra s'écarter de la règle générale quand il l'aura voulu. Ainsi, quand il a dit que tel legs devrait s'acquitter de préférence aux autres, ceux-ci devront être épuisés en entier avant qu'on puisse enlever rien à l'autre. Au surplus, la loi ne voulant pas ouvrir la porte aux contestations en abandonnant la preuve de la volonté aux inductions arbitraires qu'on pourrait faire de telles ou telles circonstances, elle a soin d'exiger à cet égard la déclaration expresse du testateur (art. 927).

Quand, de diverses libéralités ayant une même date, et dont l'ensemble dépasse le disponible, l'une s'adresse au conjoint du disposant et que la quotité qui se trouve disponible pour ce conjoint est plus forte ou plus faible que le disponible ordinaire, il est évident que la règle d'une réduction proportionnelle ne saurait s'appliquer purement et simplement et qu'une opération plus compliquée devient nécessaire. Il est clair, en effet, qu'on ne peut pas réduire d'après un seul disponible, alors que la loi en établit deux différents, ni faire profiter tel des donataires d'un disponible plus fort que le sien et qui n'est ouvert que pour d'autres. Il faut donc, dans ce cas, n'opérer la réduction proportionnelle des libéralités que d'après le disponible le plus faible, le seul qui leur soit commun, pour attribuer ensuite l'excédant au donataire du disponible le plus fort; car, autrement, on donnerait trop à ceux qui n'ont droit qu'au disponible le plus faible. Mais puisque alors on diminue (momentanément et pour faire le calcul) le disponible des donataires plus favorables, il faut donc diminuer aussi et en proportion (toujours momentanément et pour le calcul) le chiffre de leurs libéralités, pour qu'ils n'aient pas trop à leur tour (*voy.* art. 1100, n° III).

XXXIII. — Si, au moment du décès du disposant, un donataire entre-vifs dont la libéralité serait sujette à réduction avait détruit ou dissipé les choses données, et se trouvait d'ailleurs insolvable, la perte résultant de cette circonstance ne tomberait ni sur les donataires antérieurs seuls, ni sur les héritiers seuls, mais bien sur les uns et les

autres en proportion de l'importance des deux portions disponible et réservée. C'est-à-dire qu'elle s'imputerait sur le patrimoine lui-même, conduirait à une fixation nouvelle et moindre de la masse générale, et amènerait ainsi une diminution proportionnelle du disponible et de la réserve.

En effet, les héritiers ne pourraient prétendre que le chiffre de leur réserve doit rester le même qu'en posant pour principe que le chiffre du patrimoine doit aussi rester le même (puisque la réserve en est une quote). Mais si le chiffre du patrimoine devait rester le même, les donataires seraient donc fondés à prétendre que le chiffre du disponible (qui en est une quote également) ne doit pas baisser non plus, et on arriverait à l'absurde. Le même raisonnement s'appliquant réciproquement aux donataires, il s'ensuit que les prétentions contraires, des uns et des autres, de rejeter toute la perte sur leurs adversaires, se réfutent mutuellement, et conduisent par la force même des choses à imputer la perte sur la masse entière, d'où elle retombera proportionnellement sur ses deux parties réservée et disponible (art. 923, n° III).

XXXIV. — Puisque la réserve est la partie de la succession qui ne peut pas être retirée aux héritiers, ceux-ci doivent donc l'obtenir en nature, non en valeurs équipollentes; et l'action en réduction, dès lors, fera rentrer dans le patrimoine, non pas la valeur des biens donnés au delà du disponible, mais ces biens eux-mêmes.

Il y a toutefois deux exceptions à ce principe.

Et d'abord, quand un immeuble que la réduction vient atteindre a été donné à l'un des réservataires eux-mêmes (par préciput, bien entendu, puisque, sans cela, le bien rentrerait dans la succession par l'effet du rapport, et il ne pourrait pas être question de réduction), l'héritier donataire peut, au lieu de remettre le bien en nature, le conserver jusqu'à concurrence de sa part de réserve et pour se remplir de cette part, pourvu que les autres biens, fournissant la réserve de ses cohéritiers, soient de même nature que le bien donné, c'est-à-dire soient des immeubles. Que si l'immeuble ainsi donné à l'héritier préciputaire ne devait revenir que pour partie, on appliquerait une règle différente, et qui nous est déjà connue. On distingue alors si l'immeuble peut ou non se diviser facilement : dans le premier cas, on en fait le partage, et la remise de la part qui se trouve prise sur la réserve se fait en nature; dans le second, l'immeuble entier reste du côté où devrait aller la plus forte part, ou, en cas de parts égales, du côté où il y a le plus d'intérêt à l'avoir (art. 924, III).



La seconde exception au principe se présente quand l'immeuble a été aliéné par le donataire. — Dès l'ouverture de la succession du disposant, et par l'effet même de cette ouverture, le donataire d'un immeuble qui se trouve appartenir à la réserve voit se résoudre son droit de propriété, et par conséquent toutes les aliénations ou concessions quelconques de droits réels qu'il aurait pu consentir se trouvent résolues également : *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Mais, tout en appliquant rigoureusement cette règle pour les hypothèques,

les servitudes ou charges réelles quelconques dont le donataire aurait pu grever l'immeuble, la loi l'adoucit pour le cas d'aliénation. Elle contraint alors les héritiers à se contenter d'une somme d'argent représentant la valeur du bien; et non-seulement le tiers acquéreur peut éviter la restitution de l'immeuble en payant cette valeur, mais les héritiers ne peuvent même le poursuivre qu'autant que le donataire ne pourrait pas les payer, et après avoir constaté l'insolvabilité de celui-ci (art. 929 et 930).

Pour ce qui est des fruits du bien frappé par la réduction, ils sont dus, en principe, du jour de l'ouverture de la succession. (Les fruits antérieurs à cette ouverture ne sauraient l'être, puisque, si la donation n'avait pas été faite et que la propriété du donataire n'eût jamais existé, ce n'est pas l'héritier, mais le disposant qui les aurait recueillis, et que cette donation, nulle aujourd'hui vis-à-vis de l'héritier, a toujours été valable contre ce disposant.) Mais le principe ne s'applique qu'autant que l'action en réduction se dirige contre le donataire même et est formée dans l'année du décès. Si la demande n'a lieu que plus tard, le silence gardé pendant un an ayant pu faire croire à ce donataire ou qu'il n'y avait pas lieu à la réduction, ou qu'on ne voulait pas en user, la loi l'autorise à ne restituer les fruits qu'à partir de cette demande même. Que si, le donataire étant insolvable, la réduction frappait sur un tiers acquéreur de l'immeuble donné, celui-ci, n'étant tenu que comme possesseur de l'immeuble, gagnerait tous les fruits jusqu'au jour de la demande, sans distinguer si cette demande lui est faite dans l'année du décès ou plus tard (art. 928-930, n° III).

L'action en réduction, quand on l'exerce contre le donataire ou ses représentants, dure trente ans à partir du jour de l'ouverture de la succession; car ce n'est rien autre chose qu'une pétition d'hérédité. Mais quand elle s'adresse aux tiers qui ont acquis de bonne foi des immeubles donnés, il est clair qu'elle est soumise, conformément à la règle générale, à la prescription de dix ou vingt ans.

XXXV. — On a vu dans la section Ire que l'acte à titre onéreux en apparence, fait au profit d'une personne incapable de recevoir et que l'on prouve être une donation; que de même la donation faite en apparence à un tiers, mais que l'on prouve s'adresser à l'incapable par l'interposition de ce tiers; qu'enfin, toutes libéralités faites à un incapable par des voies indirectes, quelles qu'elles soient, doivent être annulées, et qu'il en est de même des cas où la qualité du donataire entraîne de plein droit la présomption d'interposition, et par suite la nullité de la donation. Or, cette règle s'applique tout naturellement au cas d'indisponibilité des biens, comme au cas d'incapacité des personnes (art. 930, n° IV).

En outre de ces règles, communes à l'incapacité et à l'indisponibilité, le Code en présente deux autres, d'une plus grande sévérité, qui sont spéciales à cette dernière matière; l'une d'elles ne s'applique même qu'entre époux.

1° Lorsqu'une personne a consenti l'aliénation d'un bien au profit

d'un parent en ligne directe qui se trouvait alors son héritier présomptif, et que cette aliénation est faite soit à fonds perdu, soit avec réserve d'usufruit, l'acte, malgré son apparence de traité à titre onéreux, et sans qu'il y ait lieu de prouver qu'il a ce caractère, est réputé de plein droit n'être qu'une donation déguisée; et cette libéralité (que la loi, au surplus, dispense du rapport) est réductible, comme toute autre, aux limites du disponible. Il en est autrement, et le contrat n'est tenu pour acte à titre onéreux, qu'autant qu'il a eu lieu avec le consentement des autres héritiers présomptifs de la ligne directe (art. 918).

La règle s'applique, disons-nous, aux aliénations faites ou avec réserve d'usufruit ou à fonds perdu. Or, on sait que l'aliénation à fonds perdu est celle que l'on consent en échange de revenus qui ne doivent être payés que pendant un certain temps; en sorte que le bien sorti du patrimoine ne s'y trouve pas remplacé par une valeur permanente, et se trouve perdu quant au fonds; ainsi, l'aliénation n'est pas à fonds perdu quand elle est faite pour une rente perpétuelle (*ibid.*).

Il ne s'agit ici, bien entendu, que des aliénations dans lesquelles la valeur formant le prix du fonds perdu a été stipulée au profit de l'aliénateur et non pour un tiers; car telle est la signification ordinaire des mots *aliénation à fonds perdu*. Et en effet, quand cette valeur (une rente viagère, par exemple) se paye à un tiers, il n'y a plus de motif de présumer la gratuité de l'acte et la simulation des quittances qui auraient pu être données. Et cette pensée de la loi résulte bien de ce que l'aliénation à fonds perdu est mise sur la même ligne que celle qui se fait avec réserve d'usufruit. Si la présomption cesse quand l'usufruit est attribué à un tiers, elle doit cesser également quand c'est à ce tiers que va le bénéfice du fonds perdu (*ibid.*).

Si, parmi les cohéritiers présomptifs de l'acquéreur, quelques-uns seulement avaient consenti à l'aliénation, ceux-ci, venant à la succession, seraient tenus de la respecter comme acte à titre onéreux; mais ceux qui n'auraient pas consenti pourraient, quant à leur part, la traiter comme donation déguisée et la faire réduire au disponible (*ibid.*).

Il ne s'agit, au surplus, dans tout ceci, que des parents directs de l'aliénateur; et la présomption de gratuité de l'acte n'existe jamais ni pour ni contre les collatéraux. Ces collatéraux n'ayant pas de réserve, il est clair qu'ils ne pourraient jamais prétendre que telle aliénation s'est faite gratuitement pour arriver à la faire réduire. D'un autre côté, la loi pensant probablement qu'un acte tendant à avantager frauduleusement un des héritiers sera beaucoup moins fréquent pour des collatéraux que pour des parents directs, elle ne pose que contre ces derniers la présomption de gratuité (*ibid.*).

2° Pensant avec raison que les libéralités excessives sont surtout à craindre entre époux, craignant ici plus qu'ailleurs les fraudes qui se réalisent si souvent au moyen d'une simulation d'acte onéreux ou d'une interposition de personnes, et voulant réprimer énergiquement ces fraudes, la loi déclare que toute libéralité faite à un conjoint sous l'apparence d'un acte onéreux ou par l'intermédiaire de tierces personnes

ne sera pas seulement réduite à la mesure du disponible, mais nulle pour le tout. Elle répute d'ailleurs de plein droit personnes interposées, dans ce cas, les enfants du conjoint donataire qui ne sont pas en même temps ceux du disposant, et tous les parents dont ce conjoint se trouve être l'héritier présomptif au moment que se fait l'acte (articles 1099 et 1100).

Quant aux libéralités qui seraient faites au conjoint par toutes voies indirectes autres que la simulation d'acte onéreux ou l'interposition de personnes, elles restent seulement soumises à la réduction (art. 1099, alin. 1).

XXXVI. — Avant de passer aux règles spéciales aux donations entre-vifs ou aux donations testamentaires, il nous reste à en indiquer une que la loi, par une application peu raisonnée des idées romaines, rend commune aux unes et aux autres.

Les Romains, aux yeux desquels c'était un déshonneur de mourir sans héritiers testamentaires, et qui attachaient dès lors une importance extrême à laisser un testament valable, avaient déclaré que toute condition impossible ou illicite insérée dans un testament, loin d'entraîner la nullité de l'acte, comme le voulaient les principes, y serait effacée et regardée comme non avenue. Notre droit intermédiaire, non content de reproduire cette règle, l'étendit, on ne sait pourquoi, aux donations entre-vifs; et le Code, qui pourtant voit ces donations avec défaveur et ne regarde aussi les testaments que comme une exception peu favorable au droit commun, reproduit cependant en entier cette disposition, qu'il est impossible de justifier (art. 900).

CHAPITRE II.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

XXXVII. — La donation entre-vifs est un contrat par lequel une personne fait une disposition gratuite de son bien au profit d'une autre personne qui l'accepte.

La donation peut être *onéreuse,* c'est-à-dire faite avec certaines charges, ou *rémunératoire,* c'est-à-dire faite pour récompenser des services rendus. Mais il faut, bien entendu, que la valeur des services (s'ils sont appréciables en argent), ou des charges imposées, n'égale pas celle du bien transmis; car la prétendue donation, dans ce cas, n'en serait plus une, et deviendrait réellement un contrat ordinaire à titre onéreux. Et dans le cas même où la valeur du bien excède la valeur des services appréciables ou des charges, l'acte n'est vraiment une libéralité que pour l'excédant; et c'est seulement pour cet excédant qu'il y aurait lieu à rapport ou à réduction. — La donation peut aussi, comme tout autre acte, se faire sous condition ou à terme. Elle peut enfin être universelle, ou à titre universel, ou à titre particulier, selon les distinctions qui seront indiquées pour les legs dans le chapitre III, section II.

La donation entre-vifs ne peut se faire en général que par acte notarié et avec minute (art. 931) ; et s'il s'agit de meubles, il faut de plus qu'un état estimatif de ces meubles se trouve dans l'acte ou y soit annexé (art. 948). Mais les donations qui se font accessoirement à un acte à titre onéreux, ou qui sont elles-mêmes déguisées sous la forme de cet acte à titre onéreux, sont dispensées de la forme notariée ; et aucun acte n'est nécessaire pour les dons manuels de meubles susceptibles de s'acquérir par la simple tradition (art. 931).

XXXVIII. — L'acceptation d'une donation peut se faire séparément et postérieurement à l'offre du donateur, pourvu que ce soit aussi par acte notarié et avec minute. Dans ce cas, la donation ne se forme qu'au moment de l'acceptation, puisque c'est elle qui produit le concours des volontés. Mais quoique, à compter de l'acceptation, le donataire soit propriétaire, il ne l'est cependant que sous la condition résolutoire des dispositions que pourrait faire le donateur ; et le contrat n'est parfait à l'égard de celui-ci que par la notification à lui faite de l'acceptation : jusque-là, le donateur conserve le droit de disposer et de révoquer à sa fantaisie. Et puisque, jusqu'à la notification, il n'existe pas de lien qui tienne le donateur, la donation serait donc non avenue si ce donateur venait à mourir avant la notification faite. Du reste, si la notification doit ainsi être faite au donateur encore vivant, il n'est pas indispensable réciproquement qu'elle le soit par la personne même du donataire ; elle pourrait l'être par ses héritiers ou autres successeurs. Il est également indifférent de savoir en quelle forme cette notification serait faite (art. 932).

La loi permet l'acceptation par mandataire ; mais nous retrouvons ici la haine traditionnelle des donations, qui semble aller croissant à mesure qu'elle est plus ancienne. Ainsi, un pouvoir général de représenter la personne dans tous les actes qui pourront l'intéresser ne suffirait pas ; il faut un pouvoir spécial, sinon pour telle donation, au moins pour les donations. Il faut, de plus, que ce pouvoir soit notarié et même qu'il soit reçu en minute, puisque la loi veut qu'il en soit annexé une expédition. Notre ancien droit n'exigeait ni la spécialité ni l'authenticité de la procuration ; et il permettait, en outre, l'acceptation par un tiers se portant fort pour le donataire, ce que notre Code n'admet pas (art. 933).

Les tuteurs, pour les donations faites aux pupilles ou aux interdits ; le curateur nommé *ad hoc,* pour celles qui s'adressent à un sourd-muet ne sachant pas écrire ; et les directeurs ou administrateurs d'établissements publics et autres personnes morales, n'ont pas seulement le droit, mais sont dans l'obligation d'accepter ces donations. Ils sont, en conséquence, responsables du défaut d'acceptation, défaut contre lequel il n'y a jamais lieu pour le donataire de se faire relever, alors même que ceux qui devaient accepter seraient insolvables (art. 942).

N. B. — Les donations entre-vifs ne sont pas toujours soumises aux mêmes règles ; et nous avons à distinguer ici : 1° les donations ordinaires ; 2° celles qui sont faites à de futurs époux dans leur contrat de

mariage par des tiers ; 3° enfin, celles que ces époux se font entre eux, soit par leur contrat, soit pendant le mariage.

SECTION PREMIÈRE.

DES DONATIONS ORDINAIRES.

XXXIX. — La donation entre-vifs n'est en général valable qu'autant que son acceptation est faite en termes exprès et qu'elle opère un dessaisissement actuel et irrévocable du donateur.

Et d'abord, dans l'unique but de multiplier les chances de nullité, la loi exige impérieusement que l'acceptation du donataire soit expresse. Du reste, du moment qu'elle est formellement exprimée, il importe peu en quels termes elle est conçue (art. 932).

Il faut en outre, et toujours à peine de nullité, qu'il y ait de la part du donateur dépouillement actuel et irrévocable. Nous étudierons d'abord ce principe fondamental des donations ordinaires, pour voir ensuite les exceptions que le Code y apporte ; mais après avoir examiné, dans sa nature et ses effets, une autre règle fort importante également, la nécessité de la transcription.

XL. — Conformément au principe nouveau antérieurement indiqué, et qui sera développé plus au long dans le titre suivant, la donation, quand elle a pour objet la translation de droits réels, l'opère par le seul effet du consentement, et sans qu'il soit besoin de tradition ; toutefois, cette translation, en ce qui touche les biens susceptibles d'hypothèque, ne se réalise pas, par l'effet du consentement, d'une manière absolue. Elle s'accomplit bien ainsi entre le donataire et le donateur (et quelques autres personnes, comme on va le voir) ; mais elle n'existe absolument et vis-à-vis de tous que par la transcription de l'acte, c'est-à-dire par sa copie intégrale sur les registres du conservateur des hypothèques.

Lors de la confection du Code, les donations se trouvaient soumises tout à la fois à une espèce d'enregistrement exigé depuis trois siècles sous le nom d'*insinuation,* et de plus, comme actes translatifs de propriété immobilière, à la transcription exigée par la loi de brumaire an 7. Les rédacteurs du Code, remarquant que, depuis la promulgation de cette loi, l'insinuation tombait en désuétude et paraissait peu utile, la supprimèrent et déclarèrent que la publicité des donations serait suffisamment garantie par la transcription telle que la loi de brumaire l'organisait. Plus tard, il est vrai, lors de la confection du titre *Des Hypothèques,* la loi de brumaire a été abrogée et la transcription n'a plus été exigée que pour la purge des hypothèques. Mais cette abrogation ne concerne pas les donations, puisque la transcription était exigée pour celles-ci, comme formalité spéciale, pour remplacer l'ancienne insinuation (art. 939).

La demande de transcription n'étant qu'un fait matériel pour lequel il n'est besoin d'aucune capacité, la femme mariée, même non autorisée, et le mineur, même non émancipé, peuvent fort bien faire

transcrire la donation à eux faite; mais le mari, le tuteur, le curateur, ainsi que les administrateurs d'établissements publics, n'en sont pas moins soumis ici à une obligation de l'inaccomplissement de laquelle ils seraient responsables. La même responsabilité pèse sur les ascendants qui, usant de la faculté que la loi leur accorde, ont accepté la donation faite à leur descendant mineur; car en faisant l'acceptation, ils se sont implicitement obligés de faire accomplir la transcription (art. 940). Cette responsabilité est, au surplus, la seule garantie de l'incapable; et à défaut de transcription, cet incapable ne peut se faire relever, quand même il y aurait insolvabilité de celui qui devait faire transcrire (article 942).

Nous avons dit qu'il s'agit ici de la transcription telle que l'organisait la loi de brumaire. C'est-à-dire que son défaut ne peut être invoqué que par ceux qui, après la donation faite, ont acquis un droit réel sur l'immeuble : un acheteur, un créancier hypothécaire, le concessionnaire d'une servitude, et non par des créanciers chirographaires. Toutefois la réclamation est interdite lorsque les personnes qui ont acquis le droit réel étaient précisément celles chargées de faire transcrire; et les tiers auxquels ces personnes auraient conféré à leur tour un droit réel sur le bien n'auraient pas plus de droits qu'elles-mêmes (art. 941). — Il est bien évident que le donateur, qui n'a jamais pu, lui, ignorer la donation, et qui est d'ailleurs tenu de réparer envers le donataire l'éviction qu'il lui causerait, ne peut jamais invoquer le défaut de transcription; et ses successeurs généraux, tenus des mêmes obligations que lui, ne le peuvent pas davantage. Notre ancien droit, par l'ordonnance de 1731, accordait ici l'action aux héritiers mêmes du donateur; mais le Code s'est gardé de reproduire cette exception aux principes (*ibid.*).

La règle, disons-nous, est faite pour ceux à qui le donateur, après avoir donné l'immeuble, aurait conféré un droit réel sur cet immeuble. Mais, cependant, elle ne comprend pas de nouveaux donataires; il ne s'agit que des tiers qui ont acquis le droit réel à titre onéreux. Il est vrai que le Code ne s'en explique pas en parlant des donations simples, dont nous nous occupons ici; mais outre qu'on l'a déclaré positivement lors de la discussion de notre titre, la règle résulte encore de ce qui est expressément dit par la loi pour la transcription des donations contenant substitution. En vain on objecterait que l'ancien mode de publicité des substitutions, la *publication*, différait par sa nature et ses effets de l'*insinuation*, exigée pour les donations simples; et que, dès lors, on ne peut pas conclure de la transcription pour substitution, remplaçant la publication, à la transcription pour donation, remplaçant l'insinuation. L'objection serait sans force; car qu'importe la différence qui existait autrefois entre l'insinuation et la publication, du moment que ces deux modes distincts ont été supprimés et remplacés par un seul et même mode, la transcription? (Art. 941.)

L'action pour défaut de transcription n'appartient donc, en définitive, qu'à ceux qui réclament pour le maintien d'un droit réel acquis

à titre onéreux après la donation, en exceptant de cette règle les successeurs généraux du donateur, puis ceux qui étaient chargés de faire transcrire et leurs ayants cause.

Occupons-nous maintenant du principe de l'irrévocabilité et de ses exceptions.

§ 1er. — De l'irrévocabilité des donations ordinaires.

XLI. — Le dessaisissement du donateur doit être actuel, non pas en ce sens que le donataire obtienne la jouissance immédiate de la chose donnée (puisque la donation peut fort bien se faire à terme), mais en ce sens que la donation doit au moins conférer immédiatement un droit certain au donataire et lier le donateur. Il faut, en outre, que le dessaisissement soit irrévocable; c'est-à-dire que la donation serait nulle si elle était faite de telle façon que le donateur pût arriver, directement ou indirectement, à la rendre sans effet, et à reprendre, ne fût-ce que par équivalent, ce qu'il a donné. — Tout ceci n'est que la consécration de l'ancienne maxime *donner et retenir ne vaut.*

Ainsi l'acte serait nul si le donateur avait donné sa succession ou telle quotité de sa succession, ou telle somme à prendre sur cette succession (et qui ne serait due qu'autant que la succession présenterait un actif suffisant); car, dans tous ces cas, la donation ne produirait pas pour le donataire une créance actuelle, elle donnerait seulement une espérance qui ne deviendrait jamais un droit si le défunt ne laissait pas une succession solvable. Il faut que la donation confère un droit (soit *in re,* soit *ad rem*) actuellement existant; et c'est l'idée que le Code entend exprimer quand il dit que la donation doit avoir pour objet des biens présents et serait nulle en tant qu'elle porterait sur des biens à venir. Par exemple, la donation aura pour objet un bien présent, dans le sens du Code, c'est-à-dire conférera un droit actuel et dès à présent existant, quand elle attribuera au donataire une somme à recevoir, non pas *s'il* y a assez d'actif dans la succession, mais seulement *lors* de l'ouverture de cette succession. Ce serait alors, non une condition, mais un terme, qui n'empêcherait pas la créance d'exister actuellement, si bien que, quand même la succession serait plus tard insolvable, la créance n'en devrait pas moins être acquittée par l'héritier du donateur, s'il avait accepté purement. Et il importe peu, du moment que la créance se forme actuellement, qu'elle soit ou non accompagnée d'hypothèque sur des biens appartenant présentement au donateur; car, comme l'a fort bien dit la Cour suprême, le défaut de garanties est insignifiant pour l'existence du droit (article 943).

La donation serait également nulle si elle était faite sous une condition dont il est au pouvoir du donateur de procurer ou d'empêcher l'accomplissement; puisque alors le donateur se conserverait un moyen de se délier et ne serait pas dépouillé irrévocablement (art. 944).

Elle serait nulle encore si elle était faite à la charge par le donataire

d'acquitter des dettes ou autres sommes qui ne seraient pas actuellement déterminées et qui pourraient dès lors être ou devenir égales à la valeur de l'objet donné. Ici encore, le disposant ne donne qu'en se réservant le moyen de réduire à rien sa libéralité (art. 945).

Elle serait évidemment nulle, enfin, si le disposant n'avait donné les biens qu'en se réservant la faculté d'en disposer autrement plus tard (art. 946).

Et remarquons bien que, dans tous ces cas, la donation est nulle par cela seul qu'il y a pour le donateur possibilité de la rendre sans effet, et sans qu'il y ait à considérer s'il a ou non usé de cette possibilité. Ainsi, quand je vous ai donné ma ferme à la charge de payer les dettes que je pourrais avoir dans deux ans, la donation est nulle et restera nulle, lors même qu'à l'expiration des deux années je n'aurais aucune dette. Mais il va sans dire que si la donation n'est révocable que pour partie, cette partie seule est nulle (*ibid.*).

XLII. — Ce ne serait pas donner et retenir que de faire la donation en stipulant qu'elle sera résolue, et que les biens reviendront au donateur s'il survit au donataire, ou au donataire mourant sans postérité, ou au donataire et à sa postérité; car il est évident que cette condition de survie ne dépend pas de la volonté du donateur. Aussi cette stipulation du droit de retour est-elle formellement permise par la loi. Mais elle ne l'est qu'au profit du donateur seul, et ne pourrait pas s'étendre à ses héritiers. Cette stipulation, au surplus, quoiqu'on n'y eût parlé que de *prédécès* ou de *survie,* sans s'expliquer autrement, s'entendrait aussi bien de la mort civile que de la mort naturelle, puisque la première ouvre la succession et fait passer les biens aux héritiers comme la seconde... Réaliser le retour pour la survie purement naturelle du donateur, frappé de mort civile du vivant du donataire, ce serait attribuer le bénéfice de ce retour non au donateur, mais à ses héritiers; or, nous venons de voir que la loi ne le permet pas. Réciproquement, ne pas admettre le retour en cas de mort civile du donataire ou de ses descendants, ce serait faire passer les biens par l'effet de cette mort civile, et malgré l'existence du donateur, à ceux auxquels ce donateur avait entendu se préférer (art. 951). (*La mort civile est abolie.*)

Si la clause de retour était stipulée, non plus pour le donateur seul, mais pour le donateur et ses héritiers, elle serait, comme contraire à la disposition de la loi, réputée non écrite, ainsi qu'on l'a vu plus haut (n° XXXVI). Mais il faut se garder de dire qu'elle présenterait alors une substitution et entraînerait dès lors la nullité de la donation elle-même.

La substitution, comme on le verra au chapitre IV, est une libéralité faite au profit d'un donataire en second ordre, dans l'intérêt duquel le donataire principal est tenu de conserver le bien jusqu'à son décès pour le lui transmettre en mourant. Or, ici, ce n'est pas comme donataires que les héritiers seraient appelés, c'est comme héritiers du donateur, comme exerçant après lui le droit qu'il avait lui-même. Loin que la clause de retour ainsi étendue du donateur à ses héritiers vienne con-

trarier, comme le fait la substitution, l'ordre légal des successions, elle fait cesser, au contraire, le dérangement que la donation y apporte. Il n'y aurait substitution, comme l'a bien reconnu la Cour suprême, que si, sous le faux nom de droit de retour, la transmission des biens était stipulée du donataire ou de ses enfants à des étrangers, ou même si elle l'était pour les héritiers du donateur sans l'être pour le donateur lui-même. Alors, en effet, ce ne serait plus un *retour* des biens au patrimoine du donateur, dont ils étaient sortis, ce serait véritablement une donation faite en second ordre dans la donation principale, une véritable substitution (*ibid.*).

Quand le droit de retour vient à se réaliser, la donation se trouvant résolue et le donataire étant censé n'avoir jamais eu la propriété, il s'ensuit que toutes les aliénations et concessions de droits réels qu'il aurait pu faire s'évanouissent à l'instant. Le Code s'écarte toutefois de ce principe dans un cas particulier. Lorsque la donation a été faite dans le contrat de mariage du donataire, la loi, par suite de l'intention qu'elle présume au donateur, permet à l'épouse du donataire de faire valoir son hypothèque légale sur les immeubles donnés, mais seulement pour sa dot et ses conventions matrimoniales, et seulement aussi quand les autres immeubles du mari sont insuffisants (art. 952).

XLIII. — De ce que la loi prohibe, comme empêchant l'irrévocabilité de la donation, les conditions dépendantes de la volonté du donateur, il est clair qu'on n'en peut pas induire arbitrairement la prohibition de telle ou telle autre classe de conditions (art. 951, n° V).

Ainsi, quoique l'ancienne donation à cause de mort soit rejetée par le Code (qui n'admet pas d'autres modes de disposition à titre gratuit que la donation entre-vifs et le testament), il n'en faut pas conclure qu'on ne pourrait pas donner sous la condition qui formait autrefois l'un des caractères de cette donation à cause de mort : nous voulons parler de la condition qui ferait résoudre la donation par la survie du donateur à tel danger ou à tel événement.

En effet, de ce qu'on n'admet plus la donation à cause de mort, ce qu'il faut en conclure, c'est qu'on devrait déclarer nulle la donation qui en reproduirait vraiment les caractères. Or, cette donation n'avait pas pour caractère unique d'être faite sous la condition qui vient d'être indiquée. C'était celle qui, faite sous cette condition, était de plus 2° révocable au caprice du disposant, et, en outre, 3° révoquée de plein droit par le prédécès du donataire. Aussi n'est-il pas douteux que la donation qui présenterait ces trois caractères serait complétement nulle (en tant que donation ordinaire, bien entendu, car il ne s'agit que de celle-là dans notre section). Mais quand la donation ne présentera que l'un de ces trois caractères, on ne peut plus dire que ce soit l'ancienne donation à cause de mort. Il est bien vrai qu'autrefois l'apposition du premier caractère faisait regarder les deux autres comme sous-entendus ; mais il n'en peut pas être de même aujourd'hui. Quand la donation à cause de mort était permise, il était tout naturel de présumer, au moyen de son principal caractère, que c'était elle que le do-

nateur (auquel elle était très-favorable) avait entendu faire. Mais aujourd'hui qu'elle est nulle, il est évident que cette présomption n'est plus possible; car on ne présume pas des causes de nullité. La donation faite sous cette condition résolutoire restera donc donation entre-vifs, irrévocable en dehors de l'événement de la condition; c'est précisément cette irrévocabilité, et nullement la nullité de la donation, que l'on doit conclure de la suppression de la donation à cause de mort (*ibid.*).

§ 2. — Exception au principe de l'irrévocabilité.

XLIV. — En outre des conditions résolutoires auxquelles le disposant peut soumettre sa donation et dont nous avons parlé au paragraphe précédent, la loi établit elle-même, en dehors de toute stipulation, trois causes de révocation dont nous avons à nous occuper ici; ce sont : 1° l'inexécution des charges imposées à la donation; 2° l'ingratitude du donataire; 3° la survenance d'enfants au donateur (art. 953).

Et d'abord, la donation à laquelle des charges sont imposées est faite de plein droit sous la condition que ces charges seront accomplies par le donataire; en sorte que leur inexécution permet de faire résoudre la donation et les droits réels que le donataire aurait pu consentir. Du reste, le donataire s'étant obligé à l'accomplissement des charges, il s'ensuit que le donateur est libre ou de faire prononcer la révocation ou d'exiger l'exécution. — L'action, étant ici purement pécuniaire, appartiendrait non-seulement aux héritiers du donateur, mais aussi à ses créanciers. Elle peut s'exercer pendant trente ans, soit qu'elle tende à l'exécution, soit qu'on y demande la révocation (art. 954, 957 et 1304).

XLV. — La donation peut être révoquée pour ingratitude du donataire si celui-ci attente à la vie du donateur; s'il se rend coupable envers lui de délits, d'injures ou de sévices jugés assez graves; enfin, s'il lui refuse des aliments quand il est dans le besoin, c'est-à-dire quand il n'a ni biens suffisants, ni parents ou alliés légalement obligés de le secourir et en état de le faire. Ici, comme dans le cas précédent, il faut que le donateur fasse prononcer la révocation par le juge; mais l'action ne dure qu'un an à compter du jour où le donataire a pu commettre le fait d'ingratitude, et elle s'éteindrait aussi par le pardon du donateur (art. 956 et 957).

La révocation, ici, ne peut être demandée que contre le donataire, et ne peut l'être aussi que par le donateur; elle ne pourra être poursuivie ni contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur. La loi fait cependant exception à cette seconde partie de la règle en permettant aux héritiers du donateur de continuer l'action intentée par celui-ci, ou même de l'intenter quand il est mort avant le délai d'un an. C'est-à-dire qu'ils ont seulement l'action telle que le défunt la leur transmet; en sorte qu'ils ne pourraient jamais l'intenter de leur chef pour une injure faite à la mémoire du donateur défunt.

Quant à la première partie de la règle, la loi n'y admet aucune exception : la révocation pour ingratitude étant une véritable peine, elle ne peut jamais être prononcée que contre le coupable lui-même (*ibid.*).

Toujours parce que la révocation est ici une peine et que le donataire seul doit en souffrir, la loi, malgré la résolution, maintient tous les droits que ce donataire a pu conférer à des tiers sur les biens donnés. Et quoique en principe tout jugement doive avoir un effet rétroactif au jour de la demande, la loi n'accorde ici cet effet rétroactif qu'à compter du jour où cette demande a été rendue publique par une inscription faite en marge de la transcription de la donation, ou dans le corps même du registre du conservateur, si cette inscription n'avait pas été faite (art. 958).

Quand les biens ont été aliénés avant cette inscription, le donataire devra la valeur que ces biens auraient au jour de la demande s'ils n'avaient pas été donnés; et si, ayant les biens entre les mains, ce donataire les a grevés de droits réels ou leur a fait subir des détériorations, il en devra indemnité. Il doit également les fruits à partir de cette même demande (*ibid.*).

La loi excepte de la révocation pour ingratitude les donations faites *en faveur du mariage*. Or, il faut entendre par là les donations que, dans le contrat de mariage, des tiers font à un futur époux, mais non pas celles que s'y font les époux l'un à l'autre. La donation faite à un époux par un tiers profite aussi à l'autre époux et aux enfants à naître en mettant un bien de plus dans la maison, elle est vraiment faite à l'avantage de toute la famille et *en faveur du mariage;* au contraire, celle d'un époux à son conjoint n'est utile ni à celui qui la fait ni aux enfants, et n'est qu'une faveur toute personnelle à celui qui la reçoit. Aussi le Code, après avoir traité des donations faites *en faveur du mariage,* c'est-à-dire par des tiers aux conjoints, dans un chapitre particulier, ne s'occupe de celles que les conjoints se font, même par contrat de mariage, que dans un autre chapitre et sous le nom spécial de donations *entre époux*. La raison et la morale, en effet, demandaient que ces donations des conjoints entre eux restassent révocables pour ingratitude. Car s'il est juste de ne pas révoquer pour la faute du donataire la donation qui profite à son conjoint et aux enfants (puisque autrement on punirait ceux-ci d'une faute dont ils sont innocents), il serait absurde et immoral d'accorder le même privilége à l'époux qui a reçu de son conjoint, et qui est, par sa seule qualité d'époux du donateur, beaucoup plus coupable que tout autre donataire (art. 959).

XLVI. — La troisième et dernière cause de révocation indiquée par la loi, c'est la survenance d'un enfant ou descendant légitime au donateur qui n'en avait pas au moment de la donation (art. 960).

D'abord, la révocation a lieu quand le disposant a donné à un moment où il n'avait pas de descendants légitimes. Il est vrai que le Code ne précise pas cette dernière qualité, et parle seulement d'enfants ou descendants. Mais, outre qu'en mettant ainsi sur la même ligne les enfants et les autres descendants, la loi manifeste déjà l'idée que nous lui

donnons (puisque pour elle il n'y a pas de descendants naturels), il a d'ailleurs été déclaré au conseil d'État qu'on adoptait le droit établi par l'ordonnance de 1731 ; or, il a toujours été entendu dans notre ancienne jurisprudence que l'existence d'un bâtard reconnu n'empêchait pas la révocation. En vain on argumenterait de ce que le Code, changeant l'ordonnance sur ce point, maintient la donation faite par celui qui a un enfant naturel, nonobstant la légitimation postérieure de cet enfant. Car, d'abord, de ce que l'existence du bâtard lors de la donation empêche la révocation à son profit, il ne s'ensuit certes pas qu'elle doit l'empêcher pour la naissance d'enfants légitimes, ou pour la légitimation d'enfants naturels nés depuis la donation. Mais il y a plus : le changement n'a été fait que pour atteindre le but tout moral autrefois signalé par Dumoulin; or, Dumoulin, tout en réclamant cette restriction au principe, n'enseignait pas moins qu'en règle générale, la présence d'un bâtard n'empêcherait pas la révocation. — Si la présence du bâtard ne compte pas ici, celle de l'enfant mort civilement ne compte pas non plus, puisque légalement cet enfant n'existe plus et que son père ne peut plus l'avoir pour héritier. — Il en est autrement de l'enfant adoptif, puisque l'adoption est une fiction qui, entre l'adoptant et l'adopté, constitue une procréation d'enfant légitime, et confère à l'adopté tous les droits attachés à la qualité d'enfant du mariage. De même donc que l'adoption fait naître le droit de réduction des donations antérieures, de même elle opérera révocation de celles que l'adoptant aurait faites alors qu'il était sans enfant; et, à plus forte raison, la présence d'un adopté au moment où se fait une donation ne permet pas de révoquer ensuite cette libéralité comme ayant été faite par un donateur sans enfant. — Quant aux enfants absents, le seul moyen de ne pas se jeter dans l'arbitraire, c'est d'écarter la supposition et les conjectures que chacun pourrait imaginer, pour s'en tenir rigoureusement à celles que le Code a érigées en principes légaux. Ainsi, tant qu'il n'y aura pas eu déclaration d'absence, l'enfant sera réputé vivant; une fois la déclaration d'absence intervenue, il sera censé avoir cessé de vivre au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles; mais quand on arrivera à une certitude quelconque, on effacera ce qui avait été fait sur de simples suppositions, pour rétablir les choses d'après les faits connus (*ibid.*).

Au surplus, il ne suffirait pas, pour rendre la donation irrévocable, qu'un enfant ou descendant légitime du donateur fût conçu au moment que se fait la donation; il faut qu'il soit actuellement né : la loi le déclare formellement (art. 961).

La cause de révocation que nous étudions ici ne s'applique pas seulement aux donations ordinaires, elle s'étend aux donations en faveur du mariage, c'est-à-dire faites dans un contrat de mariage au profit des époux ou de l'un d'eux par des tiers. Mais elle n'atteint pas les donations faites entre époux, soit pendant le mariage, soit dans le contrat de mariage. Elle diffère donc doublement en ceci de la révocation pour ingratitude du donataire, qui frappe les donations que les conjoints se

font dans leur contrat, et n'atteint pas celles que leur font des tiers. — Les donations ordinaires ou en faveur du mariage sont soumises à la révocation lors même qu'elles sont mutuelles ou rémunératoires; seulement, si les services que la donation devait récompenser étaient appréciables en argent, le donataire aurait droit à une indemnité. Quant à la donation mutuelle, c'est-à-dire faite par réciprocité d'une autre, sa révocation, quoi qu'on en ait dit, n'entraînerait pas la nullité de la donation réciproque; car la donation d'un bien ne peut pas avoir pour cause, chez le donateur, l'obtention du bien qu'il reçoit à son tour; la donation a pour cause unique le désir de conférer un bienfait. Que si les juges reconnaissaient en fait que les deux aliénations ont été faites à cause l'une de l'autre, il n'y aurait plus deux donations, mais un seul contrat à titre onéreux, un échange, dont les deux parties devraient être maintenues (art. 960).

Voyons maintenant par quelles circonstances s'opère la révocation.

Elle résulte d'abord de la naissance d'un enfant ou descendant légitime, c'est-à-dire conçu en légitime mariage, pourvu qu'il naisse viable. Mais résulterait-elle également de la naissance d'un enfant conçu en mariage putatif? L'affirmative n'est pas douteuse, quand la bonne foi qui constitue le mariage putatif a existé chez celui des époux qui a fait la donation; mais il en est autrement quand cette bonne foi n'a existé que chez l'autre époux. Alors, en effet, la fiction de légitimité existe bien toujours pour l'enfant, qui peut se dire dès lors être enfant légitime et avoir l'auteur de mauvaise foi pour auteur légitime; mais cette fiction n'existe pas pour l'auteur, qui, de son côté, ne peut pas se dire être père légitime ni avoir un enfant légitime. D'un autre côté, la révocation, quoiqu'elle soit établie en considération de l'enfant, n'est cependant accordée qu'au donateur, et n'est dès lors possible que quand ce donateur peut dire qu'il lui est survenu un enfant légitime; or, il ne peut pas le dire ici, la fiction d'une filiation légitime n'existant pas pour lui. — La révocation résulte encore de la légitimation d'un enfant naturel, pourvu, comme on l'a vu déjà, que cet enfant ne fût pas né lors de la donation. — On a vu plus haut que la donation serait également révoquée par une adoption. — Elle le serait encore par la rentrée dans la vie civile d'un enfant mort civilement à l'époque de la donation; car le donateur ayant été sans enfant légitime quand il a donné, et ayant un enfant légitime aujourd'hui, on ne peut pas nier qu'un enfant légitime ne lui soit survenu. — Enfin, quant au retour de l'enfant unique pendant l'absence duquel la donation s'est faite, il prouve que cet enfant n'était pas mort; la donation n'a donc pas été faite sans enfant vivant, et dès lors elle ne peut pas être révoquée (art. 960).

Dans ce cas de survenance d'enfant, et à la différence de ce qui a lieu dans le cas d'inexécution ou d'ingratitude, la révocation de la donation a lieu de plein droit, *ipso facto,* et sans qu'il y ait à la faire prononcer par le juge. Et puisque cette donation se trouve ainsi, non pas annulable, mais immédiatement nulle et mise à néant, elle ne saurait donc être validée postérieurement, soit par une ratification expresse,

soit par une renonciation à l'action en réclamation, soit par le silence gardé pendant un temps plus ou moins long : le disposant pourrait seulement faire une nouvelle donation du bien (art. 964). Et si le donateur ne peut, après la révocation accomplie, renoncer utilement à l'action en reprise, il ne peut pas non plus renoncer d'avance à la révocation; la déclaration la plus expresse à cet égard serait insignifiante. Ainsi, quand même le disposant, en faisant sa donation dans le contrat de mariage du donataire, se serait porté caution de l'exécution de ce contrat, et aurait déclaré qu'il entend laisser le bien soumis à l'hypothèque légale de la femme nonobstant le cas de révocation, cette révocation n'en ferait pas moins disparaître l'hypothèque (articles 963 et 965).—Mais si le silence du donateur et de ses représentants, si longue qu'en soit la durée, ne peut jamais valider la donation, il pourrait conduire le donataire à l'acquisition du bien par la prescription. La prescription, toutefois, a ceci de particulier, dans ce cas, qu'au lieu de courir du jour où l'ayant droit a pu agir, c'est-à-dire du jour même de la révocation, elle ne court que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, et qu'au lieu de s'accomplir par dix ou vingt ans au profit des tiers acquéreurs, elle ne s'accomplit pour eux, comme pour le donataire lui-même, que par trente ans. — Les fruits ne sont dus par le possesseur qu'à compter de la notification régulière à lui faite de la naissance ou de la légitimation de l'enfant (art. 966).

SECTION II.

DES DONATIONS FAITES EN FAVEUR DU MARIAGE.

XLVII. — On sait qu'il faut entendre par donations en faveur de mariage, celles qui sont faites dans un contrat aux futurs époux par des tiers.

La donation par contrat de mariage peut se faire, non-seulement comme donation ordinaire de biens présents, mais aussi, — 2° comme donation de biens à venir, c'est-à-dire ayant pour objet les biens considérés en tant qu'ils existeront au décès du disposant; — 3° comme donation cumulative de biens présents et à venir; — 4° enfin comme donation de biens présents faite sans application de la règle *donner et retenir ne vaut,* c'est-à-dire sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur.

1° *Donations de biens présents.* — Alors même qu'elle est faite comme simple donation ordinaire, la donation par contrat de mariage aux futurs époux par des tiers se trouve soustraite à trois des règles indiquées dans la précédente section : 1° elle n'a pas besoin d'être acceptée en termes formels (art. 1087); 2° elle est toujours soumise à la condition tacite que le mariage se réalisera (art. 1088); 3° elle n'est pas révocable pour l'ingratitude du donataire (art. 959). Ces trois exceptions au droit commun existent aussi, comme on le pense bien, pour les autres donations dont il nous reste à parler dans cette section (mêmes art.). Pour le surplus, notre donation suit toutes les règles or-

dinaires (art. 1081). Ainsi, par exemple, elle ne pourrait pas s'adresser à des personnes non encore conçues, et ne pourrait pas, dès lors, être faite pour les enfants à naître du futur mariage; sauf, bien entendu, les cas dans lesquels la faculté de disposer (en second ordre) pour des personnes non encore conçues existe dans toute libéralité, comme on le verra en expliquant la matière des substitutions.

2° *Donations de biens à venir.* — Toute personne, pourvu, bien entendu, qu'elle soit d'ailleurs capable de donner, peut, dans le contrat de mariage de deux futurs époux, donner à l'un ou à tous deux, soit la totalité, soit une partie aliquote, soit tel ou tel bien déterminé, du patrimoine qu'elle laissera en mourant (art. 1082).

Cette donation de biens à venir, ainsi faite à l'un des futurs époux ou à tous deux, peut aussi, mais seulement pour le cas où les donataires mourraient avant le donateur, être étendue aux enfants et descendants à naître du mariage, lesquels se trouvent ainsi donataires en second ordre sous la condition du prédécès des donataires principaux. Bien plus, cette vocation subsidiaire des enfants et descendants est présumée de plein droit dans le silence du donateur. Mais si ce donateur déclarait expressément ne donner qu'aux époux et exclure les enfants, la présomption ne serait plus possible : il a été dit, avec raison, devant le Corps législatif, que la présomption légale ne s'applique que « dans les cas où les donateurs n'ont pas prévu le cas de leur survie. » Du reste, cette vocation, soit formelle, soit présumée, d'enfants non conçus, étant une exception au droit commun et n'étant ici permise ou établie que pour la survie du donateur au donataire principal, elle ne pourrait donc s'appliquer à aucun autre cas, et, par exemple, à la renonciation que le donataire, survivant au donateur, ferait à la donation (art. 1082). — Le Code, au surplus, en appelant ici, à défaut des père et mère, les enfants et autres descendants, comme s'il s'agissait d'une succession, entend évidemment appliquer à ce cas des règles analogues à celles des successions, notamment en ce qui touche la représentation.

La donation ainsi faite des biens qu'on laissera en mourant enlève au donateur la faculté de disposer ultérieurement à titre gratuit, si ce n'est pour des valeurs modiques, des biens compris dans la libéralité. Mais ce donateur conserve le droit d'en disposer comme il l'entend à titre onéreux; et il ne pourrait pas (en tant que sa libéralité est vraiment donation de biens à venir, et ne constituerait pas celle de biens présents et à venir) s'interdire lui-même par une clause formelle la faculté d'aliéner ou d'hypothéquer tout ou partie de ses biens. Cette convention, en effet, se trouvant ainsi sortir des règles exceptionnelles que nous expliquons ici, tomberait sous le principe général qui prohibe toute stipulation sur des successions de personnes encore vivantes (art. 1083).

Cette donation de biens à venir est celle qui portait autrefois et qui reçoit souvent encore dans l'usage le nom d'*institution contractuelle;* mais ce nom, qui lui convenait jadis (puisqu'elle était vraiment une

institution d'héritier faite *par contrat*), est peu exact aujourd'hui, puisqu'on ne fait plus d'héritiers ni par contrat ni par testament. De ce principe, que les donataires de biens à venir ne sont point des héritiers, mais de simples donataires, il suit que, dans le cas même où ils seraient appelés à l'universalité du patrimoine, ils ne seraient tenus des dettes du donateur défunt que jusqu'à concurrence des biens et jamais *ultra vires* (art. 1082).

En outre des trois exceptions communes à toutes les donations de notre section (dispense d'acceptation expresse; condition tacite du mariage; dispense de la révocation pour ingratitude) et de celle qui consiste dans la vocation des descendants à naître du mariage, la donation de biens à venir en présente encore deux autres; 5° elle n'a pas besoin d'être transcrite; 6° elle devient caduque par la survie du donateur au donataire ou aux donataires (*ibid.*).

3° *Donations cumulatives de biens présents et à venir.* — Il ne s'agit pas là, comme on l'a dit quelquefois, d'une réunion de deux donations, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir; c'est une donation unique, ayant pour objet tout à la fois et les biens actuels considérés en tant que biens présents, et tous les biens en tant qu'ils existeront au décès du disposant, laquelle, lors de ce décès, s'appliquera définitivement soit aux uns, soit aux autres, d'après le choix que fera le donataire. En deux mots, c'est une donation de biens à venir contenant faculté pour le donataire de la transformer, au décès du donateur, en une donation ordinaire des biens qui existaient au jour du contrat (articles 1084 et 1085).

C'est une donation de biens à venir, et dès lors elle peut s'étendre, et s'étend même de plein droit, dans le silence du donateur, aux enfants à naître du mariage. Par conséquent encore, si le donataire l'accepte comme telle au décès du donateur, il est tenu de respecter les aliénations faites à titre onéreux et celles qui auraient été faites à titre gratuit pour des valeurs modiques. — Si, au contraire, le donataire déclare, lors du décès, s'en tenir aux biens qui existaient au moment de la donation, la disposition devient donation ordinaire, et le donataire peut critiquer les aliénations faites, même à titre onéreux, des biens qui existaient au temps du contrat; pourvu, bien entendu, qu'il ait eu le soin de faire transcrire, puisqu'une libéralité n'est opposable au tiers, comme donation ordinaire, qu'au moyen de la transcription. Il faut de plus qu'on ait inséré dans l'acte, ou annexé à cet acte, un état des dettes dont le donateur était grevé au moment de la donation, afin que le donataire ne prenne les biens existant au jour de cette donation qu'en payant les dettes qui grevaient ces biens. La loi déclare qu'à défaut de cet état la disposition demeurera donation de biens à venir et devra être acceptée ou répudiée pour le tout. — Il est évident, au surplus, que dans aucun cas le donataire ne pourrait se prétendre saisi des biens présents dès le jour de la donation, puisque, si la disposition contient virtuellement une donation de biens présents, ce n'est

que sous une condition suspensive qui ne peut s'accomplir qu'après le décès du donateur (*ibid.*).

La donation de biens présents et à venir, sauf ce que nous avons dit quant à la transcription, présente les six exceptions au droit commun que nous avons indiquées pour la donation simple de biens à venir (*ibid.*).

4° *Donations faites sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur.* — La donation par contrat de mariage, même quand elle a pour objet les biens présents, n'est pas soumise à la règle *donner et retenir ne vaut,* et elle peut se faire sous toutes conditions, soit suspensives, soit résolutoires, dépendantes de la volonté du donateur. Ainsi, par exemple, si cette donation est faite sous la condition de payer les dettes que le donateur pourra laisser en mourant, ou d'acquitter telles autres charges qu'il est libre de créer ou d'augmenter à son gré, la donation ne sera pas moins valable, et le donataire en aura le bénéfice, s'il consent à acquitter les dettes ou charges. De même, si le donateur, en se dépouillant actuellement, s'est réservé la faculté de disposer ultérieurement de tout ou partie des biens donnés ou d'une somme à prendre sur ces biens, la donation vaudra, et les biens pour lesquels le donateur n'aura pas usé de son droit de disposition resteront soit au donataire si le donateur est mort avant lui, soit à ses héritiers dans le cas contraire (art. 1086).

Quand la condition, potestative pour le donateur, à laquelle on a soumis la donation de biens présents, est une condition suspensive, en sorte que la donation se trouve incertaine et ne confère au donataire qu'une simple espérance jusqu'à la mort du donateur, alors, comme la disposition se rapproche par là de la donation de biens à venir, la loi permet et présume même, comme dans celle-ci, la vocation subsidiaire du descendant à naître du mariage; et, par le même motif, la donation est déclarée caduque si le donataire et sa postérité issue du mariage meurent avant le donateur. Il en serait autrement, bien entendu, si la condition qui suspendait l'effet de la donation s'était accomplie dès avant le décès du donataire, puisque alors ce donataire aurait été saisi du droit et aurait vu sa donation devenir pure et simple avant de mourir. — Que si la condition dépendante de la volonté du donateur est une condition résolutoire, en sorte que la donation ait été faite purement, mais pour se résoudre par l'événement de la condition, il est clair que le prédécès du donataire ne donnera lieu ni à la caducité de la donation, puisque le donataire aura été saisi immédiatement, ni dès lors à la vocation des enfants issus du mariage comme donataires en second ordre, puisque, leur auteur étant mort saisi du droit, il n'y a pas lieu pour eux de réclamer les biens comme donataires, et ils ne peuvent les prendre que comme héritiers (*ibid.*).

La donation ainsi faite par dérogation à la règle *donner et retenir ne vaut* n'en étant pas moins une donation entre-vifs de biens présents, elle reste soumise à la nécessité de la transcription (*ibid.*).

SECTION III.

DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

XLVIII. — Les donations faites par deux époux l'un à l'autre suivent des règles différentes selon qu'elles se font dans le contrat de mariage ou dans le cours du mariage.

Donations entre époux par le contrat de mariage. — Les futurs époux peuvent se faire, dans leur contrat, les quatre espèces de donations dont nous avons parlé à la précédente section (art. 1091), et ces donations suivent en tout les mêmes règles, sauf les trois modifications que voici :

1° Elles sont toujours, comme on l'a vu au n° XLV, révocables pour l'ingratitude du donataire. — 2° Elles ne sont pas révocables, au contraire, par la survenance d'enfant. — 3° Tandis que la plupart des donations ci-dessus (celle de biens à venir, celle de biens présents et à venir, celle de biens présents faite sous des conditions suspensives dépendantes de la volonté du donateur) s'étendent de plein droit aux enfants à naître en cas de prédécès du donataire, celles-ci ne s'étendent pas à eux et ne leur sont pas même extensibles, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent pas être faites à leur profit, même au moyen d'une déclaration expresse : le prédécès du donataire les rendra toujours caduques (art. 1092).

Au reste, tout mineur capable de contracter mariage est, par cela même, déclaré capable de faire à son futur conjoint toutes les donations qu'il juge à propos. Il doit seulement être assisté de ceux dont le consentement est nécessaire à son mariage même (art. 1095).

Donations entre époux pendant le mariage. — Ces donations, à cause de l'extrême influence des époux l'un sur l'autre, sont déclarées par la loi révocables au gré du disposant, malgré toute clause contraire, et la révocation peut en être faite par la femme sans aucun besoin d'autorisation (art. 1096). Mais, quoique se rapprochant des testaments, sous ce rapport, elles n'en sont pas moins des donations entre-vifs, et restent soumises, dès lors, à toutes les règles générales auxquelles un texte spécial ne les soustrait pas. Ainsi, par exemple, il faut pour ces donations l'acceptation en termes exprès; elles ne peuvent être faites par un mineur même de plus de seize ans (quoique ce mineur puisse tester); elles ne sont réductibles qu'après les legs, etc. (*ibid.*). — La loi ne s'explique pas sur les modes de révocation de cette donation. Mais une donation ne pouvant jamais être plus facilement révocable que le testament lui-même, il est naturel de reconnaître que les modes de révocation qui seront indiqués plus tard pour le testament sont les seuls qu'on puisse admettre pour la donation dont il s'agit.

Ces donations, comme celles qui se font par le contrat de mariage, peuvent être de biens à venir, ou de biens présents ou à venir, ou faites sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur. Mais elles ne peuvent jamais s'étendre aux enfants qui ne seraient pas encore

conçus, et restent soumises au principe qu'on ne peut donner qu'aux personnes actuellement existantes (*ibid.*).

Alors même qu'elle est de biens présents, la donation faite entre époux pendant le mariage doit être déclarée caduque par le prédécès du donataire, quoique la loi ne s'en explique pas. Car il en était ainsi autrefois, et le Code, qui a soin de faire une disposition expresse pour rejeter cette caducité dans le cas où l'époux a donné par contrat de mariage et où la donation dès lors est irrévocable, n'aurait certes pas manqué, s'il avait entendu la rejeter également ici, de s'en expliquer positivement : c'eût été indispensable à dire dans ce second cas, et le silence de la loi est ici fort significatif (*ibid.*).

Par cela même que la donation dont il s'agit est toujours révocable au gré du disposant, la loi déclare qu'elle n'est pas révoquée par la survenance d'enfants (*ibid.*).

Une dernière remarque à faire ici, c'est que deux époux ne peuvent pas se faire pendant le mariage une donation mutuelle dans un même acte, et ce, par la raison qui va être indiquée (n° L) pour les testaments (art. 1097).

CHAPITRE III.

DES TESTAMENTS.

XLIX. — Le testament est un acte essentiellement révocable, par lequel une personne dispose, pour le moment de son décès, de tout ou partie des biens qu'elle laissera à ce moment; en sorte que cet acte, du vivant du testateur, n'est rien autre chose que le projet d'une disposition qui se parfait à la mort seulement (art. 895).

Quelles que soient la nature et l'étendue des droits attribués par un testament, ce testament, aujourd'hui, et contrairement à ce qui avait lieu à Rome et dans nos anciens pays de droit écrit, ne peut toujours faire que des legs : sous le Code, il n'y a pas plus d'héritiers testamentaires que d'héritiers contractuels; la volonté de l'homme ne peut faire que des donataires ou des légataires. Mais, en proclamant ce principe, le Code ne reproduit pas l'ancienne sévérité de certaines coutumes, qui annulaient les testaments faits sous les termes d'*institution d'héritiers;* aujourd'hui, la disposition vaudrait toujours comme legs, quels que fussent les termes employés par le testateur (art. 1002).

Nous avons à traiter dans ce chapitre : 1° de la forme des testaments; 2° des différentes espèces de legs et de leurs effets; 3° de la révocation des legs et de leur caducité; 4° enfin, des exécuteurs testamentaires.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA FORME DES TESTAMENTS.

L. — Les règles sur la forme des testaments varient selon qu'il s'agit des testaments ordinaires ou de ceux qui sont permis exceptionnellement dans certaines circonstances particulières. Mais il y a ceci de

commun à tous les cas, que les diverses règles qui vont être indiquées sont toujours exigées à peine de nullité (art. 1001).

Une autre règle qui s'applique également à tous les cas et qui découle de la révocabilité essentielle au testament, c'est que plusieurs personnes ne peuvent jamais tester par un même acte. Les dispositions faites par plusieurs personnes dans un même acte l'étant généralement en vue l'une de l'autre et par l'effet d'une convention au moins tacite entre les disposants, c'eût été autoriser la violation de la foi promise que de permettre à l'un de ces disposants de révoquer à l'insu des autres; et, d'un autre côté, c'eût été méconnaître la nature du testament que d'imposer une condition quelconque à la révocation (art. 968).

§ 1er. — Règles des testaments ordinaires.

LI. — La loi admet trois espèces de testaments : le testament olographe, le testament public et le testament mystique.

Testament olographe. — C'est celui que le testateur fait seul et sans intervention de témoins ni d'officier public. Trois conditions sont nécessaires pour sa validité.

Il faut d'abord qu'il soit écrit tout entier de la main du testateur, et un seul mot mis d'une main étrangère entraînerait sa nullité, pourvu, bien entendu, que ce mot fît vraiment partie du testament. — Il faut, en outre, qu'il soit daté de la main du testateur. Et, par *date,* il faut entendre l'indication de l'année, du mois et du jour où l'acte est fait; car c'est ainsi que le voulait notre ancien droit, et qu'on entend partout la date des actes. Ce serait donc s'écarter de la pensée évidente de la loi et se jeter dans l'arbitraire, que d'exiger l'indication de l'heure ou de se contenter de celle du mois... Il est évident qu'une date incomplète ou inexacte ne suffirait pas. Mais le testament devrait être maintenu si la date pouvait se compléter ou se rectifier au moyen de circonstances tirées de l'acte lui-même, puisque alors ce serait bien le testament qui procurerait sa véritable date. Au surplus, la place que la date occupera dans le testament est indifférente, pourvu que cette date s'applique bien au testament et au testament entier : s'il était reconnu en fait que la date ne s'applique qu'à une partie, la partie non datée serait nulle. — Le testament doit enfin être signé. Et comme le seing ou signe d'une personne (*signum*) n'est rien autre chose que le moyen adopté par elle d'exprimer au bas des actes son identité, on doit accepter comme signature valable le mode, quel qu'il soit, que la personne avait l'habitude d'employer pour ses actes civils (art. 970).

Aucune autre condition n'est exigée pour le testament olographe, et, par conséquent, il peut aussi bien être fait dans une lettre missive que partout ailleurs. Seulement, il faut examiner en fait si l'auteur de la lettre n'aurait pas voulu simplement annoncer un testament qu'il fait ou se propose de faire, et s'il a vraiment entendu que sa lettre même constitue le testament.

LII. — *Testament public.* — Il doit être reçu par deux notaires en

présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins (art. 971).

Le testament doit être dicté par le testateur lui-même. Le notaire ou l'un des notaires, en personne, doit l'écrire sous sa dictée, sans se permettre de rien retrancher ni ajouter, sauf, bien entendu, les modifications que demanderaient, dans le choix ou l'arrangement des termes, les règles ou les convenances du langage. Quand l'acte est écrit, il doit en être donné lecture au testateur en présence des témoins, afin qu'il soit certain pour tous que le notaire a fidèlement reproduit la pensée du disposant. Le notaire doit mentionner l'accomplissement de ces formalités, de telle façon que la lecture de l'acte ne laisse aucun doute sur cet accomplissement : si le contexte d'un testament public laissait des doutes sur l'accomplissement de quelques-unes des formes indiquées, ce testament serait nul pour cela seul, et quoiqu'il fût prouvé d'ailleurs que la formalité a vraiment été remplie (article 972).

L'acte doit être signé par le testateur, si celui-ci peut signer, et le défaut de signature, dans ce cas, empêcherait toujours l'acte d'exister; mais la mention de cette signature n'est point exigée par le Code, pas plus qu'elle ne l'était autrefois. Si le testateur ne peut pas signer, il doit être fait mention par le notaire et de la déclaration du testateur à cet égard, et de la cause qui a empêché ce testateur. Il est évident, au surplus, que quand le notaire mentionne que le testateur a déclaré *ne savoir* signer, la cause de l'empêchement se trouve par là même indiquée (art. 973).

Tous les témoins doivent signer, à moins que l'acte ne soit reçu dans une commune qui n'est point une ville, et qui ne présente pas une population suffisamment considérable et agglomérée pour qu'on y trouve facilement beaucoup de personnes sachant signer : dans ce cas, le Code n'exige que la signature de la moitié des témoins (art. 974).

Sont incapables d'être témoins dans le testament public : 1° les légataires; 2° les parents et alliés de ces légataires, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ce qui comprend nécessairement le conjoint, qui est réellement le premier allié; 3° enfin, les clercs du notaire ou des notaires. Il faut, au surplus, que les témoins (et ceci est exigé aussi pour le testament mystique) soient Français, mâles, majeurs et jouissant des droits civils. Il est évident, en outre, qu'on ne pourrait pas prendre pour témoins des personnes qui, par surdité ou autrement, se trouveraient dans l'impossibilité physique de remplir la mission que la loi leur confie (art. 975).

Le testament public étant un acte notarié, il est soumis dès lors, en général, aux règles exigées pour tous les actes notariés par la loi de ventôse an 11, organique du notariat; mais il est clair qu'il y a exception à ce principe pour tous les points qui sont spécialement réglés par le Code : *specialia generalibus derogant*. Ainsi, on appliquera la loi de ventôse quant à la signature et aux causes d'incapacité du notaire ou des notaires, puisque le Code n'en parle pas; mais on ne l'appliquera

pas pour les qualités à exiger des témoins du testament public, le Code organisant pour eux un système complet, comme on vient de le voir (*ibid*).

Une dernière observation est ici nécessaire, pour le testateur qui ne parlerait pas le français. Le seul moyen de concilier alors le devoir du notaire (qui doit rédiger tous ses actes en français) avec les règles qui viennent d'être indiquées, c'est de trouver d'abord un notaire et des témoins comprenant la langue du testateur, de rédiger l'acte en français et dans cette langue, et d'en faire ensuite la lecture dans cette même langue, dont le texte resterait ainsi comme garantie de la fidélité du texte français (art. 972).

LIII. — *Testament mystique.* — Il se compose de deux parties : l'écrit contenant les volontés du défunt, et le procès-verbal constatant l'accomplissement des formalités requises pour prouver l'identité de cet écrit, en prévenir toute altération ou substitution (art. 976).

L'acte contenant l'expression des volontés peut être écrit par toute personne que ce soit, pourvu que le testateur le signe, s'il peut signer. Le testateur doit ensuite clore et sceller ou faire clore et sceller, soit le papier portant l'écrit, soit une enveloppe dans laquelle on l'aura placé. Après que l'écrit est ainsi clos et scellé, ou en même temps qu'il le fait clore et sceller, le testateur doit le présenter à un notaire et à six témoins, en leur déclarant que c'est là son testament écrit et signé par lui, ou écrit par un autre et signé par lui, selon les cas (*ibid.*).

Le notaire dresse de sa main, pour constater cette présentation et cette déclaration, un procès-verbal qu'on appelle *acte de suscription*, parce qu'il est écrit sur le papier qui a été clos et scellé, et non sur une minute à part. Cet acte doit être signé par le testateur, par le notaire et par les six témoins, sans qu'il y ait ici, comme dans le testament public, aucune dispense pour les campagnes et sans qu'un second notaire puisse compter pour deux témoins. Que si c'était ce testateur lui-même qui, par un empêchement survenu depuis qu'il a signé l'écrit intérieur, ne pût signer la suscription, il suffirait de la déclaration qu'il ferait à cet égard, et qui devrait être mentionnée par le notaire. Quand le testateur n'a pu signer l'écrit testamentaire, il doit être appelé à l'acte de suscription un septième témoin pouvant signer comme les six autres, et il est fait mention de la cause pour laquelle il est appelé (art. 976 et 977).

Toutes les formalités relatives à la présentation de l'écrit et à la rédaction de la suscription doivent se faire sans discontinuité, c'est-à-dire sans s'occuper d'autres affaires et sans autres intervalles que ceux qu'exigerait la santé des personnes (art. 976).

La suscription du testament mystique étant un acte notarié, et le Code, qui a soin d'indiquer les règles de capacité générale pour les témoins appelés à cet acte (puisqu'il exige, comme nous l'avons dit, qu'ils soient Français, mâles, majeurs et exerçant leurs droits civils), n'indiquant pas pour eux, comme il le fait pour ceux du testament public, les causes d'incapacité relative, il s'ensuit qu'il faudra, sur ce

point, recourir à la loi de ventôse an 11, et exclure (d'après l'art. 10 de cette loi) le témoignage de tous parents, alliés, clercs et serviteurs du notaire et du testateur (*ibid.*).

Ceux qui ne peuvent pas lire, et qui ne pourraient pas dès lors connaître par eux-mêmes le contenu de l'écrit qu'ils auraient fait faire, ne peuvent pas tester en la forme mystique. Quant à celui qui ne peut pas parler, mais qui sait écrire, la loi lui permet de faire le testament mystique en attestant par écrit sur l'acte de suscription que le papier qu'il présente contient bien son testament. Mais la loi exige en outre que ce testament soit alors écrit tout entier, puis daté et signé par lui, et que le notaire mentionne que c'est le testateur qui a écrit l'attestation apposée à la suscription. — Il est à remarquer que quand l'acte qui contient la volonté est ainsi écrit en entier, daté et signé par le testateur, il constitue par lui-même un testament olographe; en sorte que la nullité de la suscription ferait tomber le testament en tant que mystique, mais laisserait subsister un acte présentant tous les caractères du testament olographe, et valable dès lors comme tel (art. 978 et 979).

N. B. — Les testaments mystiques ou olographes ne peuvent, après la mort du testateur, être mis à exécution qu'après plusieurs formalités préalables : 1° le testament doit être présenté au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte; 2° il est ouvert par ce président, qui dresse un procès-verbal descriptif de l'état dans lequel il trouve l'acte; 3° il est ensuite déposé parmi les minutes du notaire que désigne une ordonnance de ce président. Quand le testament est mystique, on doit appeler à son ouverture ceux des notaires et témoins signataires de la suscription qui seraient encore vivants et se trouveraient sur les lieux (art. 1007).

§ 2. — Règles particulières aux testaments privilégiés.

LIV. — Des règles spéciales et de faveur, réclamées par les circonstances, sont établies par la loi, 1° pour les testaments militaires; 2° pour ceux qui sont faits dans un lieu où règne une contagion; 3° pour les testaments faits en mer; 4° enfin pour ceux qu'un Français fait en pays étranger.

1° *Testament militaire.* — Ce testament n'est permis qu'aux soldats et aux personnes attachées à l'armée par une commission du gouvernement, qui se trouvent actuellement en expédition, en quartier ou en garnison, hors du territoire ou sur un point du territoire dont les communications sont interrompues par la guerre. Il peut être reçu 1° par un chef de bataillon ou d'escadron, ou autre officier supérieur, assisté de deux témoins; 2° par un sous-intendant militaire également assisté de deux témoins; 3° par deux sous-intendants; 4° enfin, quand le testateur se trouve dans un hospice comme malade ou blessé, par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire de l'hospice. Ce testament devient nul après six mois, à partir du moment où le

testateur a perdu le droit de tester militairement, et a pu faire un testament (art. 981 et 984).

2° *Testament fait en temps de peste.* — Lorsque, par l'effet d'une contagion, les communications sont interrompues avec un pays, toutes les personnes qui se trouvent dans ce pays peuvent faire dresser leur testament par le juge de paix ou son suppléant, ou par les maire ou adjoints de leur commune, avec l'assistance de deux témoins. Ce testament, comme le précédent, reste valable pendant six mois, à compter du jour où son auteur a perdu le droit de le faire, et a pu tester dans la forme ordinaire (art. 985 et 987).

LV. — 3° *Testament fait en mer.* — Le testament fait dans un voyage en mer, pourvu que ce ne soit pas dans un moment où le navire aurait abordé une terre (française ou étrangère, peu importe) où se trouverait un officier public français ayant mission pour recevoir les testaments, peut être reçu : sur les bâtiments de l'État, par l'officier qui commande en chef assisté de l'officier de l'administration ; et sur les bâtiments de commerce, par l'écrivain du navire assisté du capitaine, et, dans tous les cas, en présence de deux témoins. En cas d'empêchement de ces personnes, et notamment si c'est précisément leur testament qu'il s'agit de recevoir, le droit passe à celles qui sont chargées de les remplacer dans le service (art. 988 et 989).

L'acte doit être fait ici en double original. Si le bâtiment aborde un port étranger où se trouve un consul de France, on lui remet un des doubles cacheté ou autrement clos, qu'il fait parvenir au ministre de la marine ; et celui-ci en fait faire le dépôt au greffe de la justice de paix du domicile du testateur. Au retour du bâtiment en France, les deux originaux, ou celui qui reste, sont remis au préposé de l'inscription maritime, qui les fait passer au ministre de la marine, pour que le dépôt en soit fait comme on vient de le dire. La remise ainsi faite au consul ou au préposé doit être mentionnée sur le rôle du bâtiment, à la marge du nom du testateur. Du reste, les règles que nous indiquons dans cet alinéa, n'ayant pour but que de garantir la conservation matérielle du testament et ne touchant en rien à la perfection de l'acte, ne sont pas, comme les autres règles de notre section, exigées à peine de nullité (art. 990 et 992).

Le testament maritime cesse d'être valable après trois mois depuis que le testateur a perdu le droit de tester ainsi et a pu faire un testament ordinaire (art. 996).

Dans tout testament fait en mer, alors même qu'il ne serait pas fait dans la forme spéciale dont il s'agit ici, mais olographement, le Code, reproduisant les règles de notre ancien droit, déclare nul le legs fait au profit d'un officier du bâtiment, à moins que cet officier ne soit parent du testateur jusqu'au douzième degré inclusivement (art. 997).

LVI. — Chacun des trois testaments dont on vient de parler doit être signé par le testateur, s'il n'en est pas empêché ; par l'un au moins des deux témoins ; et par celui ou ceux par qui l'acte est reçu. Quand le testateur ne signe pas, il doit faire déclaration de son empêchement,

et l'officier rédacteur doit faire mention de sa déclaration et de la cause de cet empêchement. Si c'est l'un des témoins qui ne signe pas, l'officier doit encore énoncer l'empêchement et sa cause (art. 998).

Du reste, le Code traçant pour les cas exceptionnels qui nous occupent ici un système de règles complet et indépendant des règles ordinaires, on ne peut appliquer à ces cas exceptionnels que les règles qui viennent d'être indiquées; et notamment, les officiers spéciaux créés pour ces circonstances ne peuvent procéder que de la manière qui vient d'être indiquée, et ne pourraient pas recevoir un testament mystique. Quant au testament olographe, il est clair qu'il peut toujours être fait à l'armée, en temps de peste ou sur un bâtiment de mer; mais ce n'est pas comme testament privilégié, c'est comme testament ordinaire, et d'après les règles générales (*ibid.*).

LVII. — *Testament fait en pays étranger.* — En outre du testament que le Français peut faire en pays étranger dans les formes autorisées par la loi locale, d'après la règle *locus regit actum* (1), ce Français peut aussi tester olographement en quelque lieu qu'il se trouve, et alors même que la loi du pays n'admettrait pas cette forme de testament. Le Code, s'écartant en cela des anciens principes, a fait de cette règle un statut personnel suivant le Français en tout pays (art. 999).

En outre de la forme olographe et des formes suivies dans le pays où il se trouve, le Français peut encore à l'étranger faire recevoir son testament, comme acte authentique, d'après les formes françaises, par le chancelier du consulat français. En effet, diverses lois (notamment l'ordonnance du 3 mars 1781) qui organisent des règles de droit public, et qui ne tombent pas dès lors sous l'abrogation résultant de la promulgation du Code pour les anciennes lois réglant les matières du droit civil, attribuent aux chanceliers de consulat les fonctions de notaires vis-à-vis des Français qui s'adressent à eux (*ibid.*).

Tout testament fait en pays étranger ne peut être exécuté sur les biens de France qu'après avoir été enregistré au bureau du domicile du testateur, et en outre, quand il s'agit d'immeubles, au bureau de la situation de ces immeubles (art. 1000).

SECTION II.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE LEGS.

On distingue trois classes de legs : le legs universel; le legs à titre universel; le legs particulier.

LVIII. — *Du legs universel.* — Le legs universel est celui qui donne droit, au moins éventuellement, à l'universalité des biens du testateur. Ainsi, quand je lègue tout ce que je laisserai de biens disponibles, il y

---

(1) De ce que le Français, en pays étranger, peut tester suivant les formes du pays, il n'en faut pas conclure qu'il pourrait, contre la défense de la loi, y faire un testament conjonctif. Toute règle, soit permissive, soit prohibitive, portée sur ce point, est plus qu'une simple question de forme, et elle est d'ailleurs sans rapport avec les nécessités qui ont fait introduire le principe *locus regit actum*.

a legs universel, car la totalité de mon patrimoine peut se trouver disponible à ma mort. Il en est de même du legs par lequel j'attribue à Pierre tout mon bien, quoique je lègue tels ou tels biens particuliers à d'autres personnes, car celles-ci peuvent ne pas venir. En un mot, du moment qu'il y a possibilité d'obtenir l'universalité des biens, le legs est universel. Mais il faut qu'il y ait vocation à l'universalité, c'est-à-dire à l'ensemble des biens considérés en masse et comme unité : le legs qui attribuerait tel bien, puis tel autre, puis encore tel autre, ne serait jamais qu'un legs particulier, alors même qu'il désignerait ainsi tous les biens du testateur (art. 1003).

Quand le testateur qui a fait un legs universel laisse des héritiers réservataires qui acceptent sa succession, ces héritiers ont la saisine, c'est-à-dire la possession légale, non pas seulement de leur réserve, mais de la succession entière, et le légataire universel doit s'adresser à eux pour se faire délivrer la fraction dont il est propriétaire. Néanmoins, et quoique l'héritier soit ainsi fait seul possesseur des biens jusqu'à la délivrance, la loi, pour ne pas priver le légataire universel des avantages pécuniaires attachés au titre d'héritier en lui en retirant les honneurs, accorde à ce légataire, à compter du jour même du décès, les fruits de la portion de biens qui lui appartient. Mais il faut pour cela qu'il demande la délivrance dans l'année de ce décès; autrement, les fruits ne lui seraient dus qu'à compter du jour où la délivrance aurait été judiciairement demandée ou volontairement consentie (art. 1004 et 1005). Quand il n'y a pas d'héritiers à réserve, le légataire universel est saisi par la loi de tous les biens de la succession dès le décès du testateur (art. 1006). Cependant, et malgré cette saisine ou possession de droit, ce légataire, quand le testament est olographe ou mystique, ne peut se mettre en possession de fait qu'après avoir accompli les formalités indiquées plus haut (n° LII, *in fine*), et s'être fait autoriser à prendre possession par une ordonnance du président du tribunal.

Le patrimoine d'une personne n'étant que l'ensemble de son actif diminué de l'ensemble de son passif, le légataire universel doit donc, quand il recueille la succession entière, acquitter seul les charges héréditaires (jusqu'à concurrence seulement des biens); que si, vu l'existence d'héritiers réservataires, il n'en recueille qu'une fraction, il doit une fraction proportionnelle des dettes. Quant aux legs, comme ils doivent être acquittés, non par l'ensemble de tous les biens, mais par la partie disponible de ces biens, le légataire universel est tenu de les acquitter seul, puisqu'il prend tout le disponible. On sait cependant que, quand son legs subit une réduction, il peut faire subir aux autres légataires une réduction proportionnelle (art. 1009).

LIX. — *Du legs à titre universel.* — Le legs à titre universel est celui par lequel le testateur dispose ou 1° d'une part aliquote de l'universalité de ses biens, ou 2° de l'universalité de ses immeubles, ou 3° de l'universalité de ses meubles, ou enfin 4° d'une part aliquote de l'une ou de l'autre de ces deux universalités (art. 1010).

Le légataire à titre universel n'a jamais la saisine des biens auxquels il est appelé ; il doit en demander la délivrance, selon les cas, soit aux héritiers, soit au légataire universel, soit aux successeurs irréguliers, soit enfin au curateur nommé à la succession vacante. Quant aux fruits, la disposition de faveur qui les attribue au légataire universel du jour même du décès n'étant pas reproduite pour lui, il n'y aura jamais droit que du jour de la délivrance régulièrement demandée ou amiablement obtenue (art. 1011 et 1005).

Le légataire à titre universel contribue aux dettes en proportion de la part de biens à laquelle il est appelé ; et quant aux legs particuliers, il les doit, d'après le principe déjà reconnu, en proportion de ce qu'il prend, non dans l'ensemble des biens, mais dans le disponible. Il en serait cependant autrement si le legs à titre universel était d'une certaine espèce des biens et qu'il s'agît de legs particuliers ayant pour objet des biens compris dans cette espèce : le légataire à titre universel les devrait alors, par la nature même des choses, en proportion de ce qu'il prend dans cette classe des biens : ainsi le légataire de tous les immeubles acquittera seul le legs de telle maison (art. 1012 et 1013).

LX. — *Des legs particuliers.* — Toute disposition testamentaire qui n'est ni un legs universel, ni un legs à titre universel, constitue un legs particulier. Ainsi l'attribution de tous les meubles, ou de tous les immeubles, ou même de tous les biens, lorsqu'elle est faite en détail et avec détermination des objets, n'est qu'un legs particulier. Il en est de même de la disposition, même faite en masse, de tous les immeubles de telle nature (tous les bois) ou de tous ceux qui sont situés dans tel pays. Il en est de même encore de toute disposition d'usufruit, alors même qu'elle frappe sur l'universalité des biens (art. 1010, n° III).

Le légataire particulier, comme le légataire à titre universel, n'a droit aux fruits que du jour où la délivrance est judiciairement demandée ou volontairement consentie. Il en est cependant autrement, et le droit aux fruits ou intérêts existe à partir du décès même, 1° quand le testateur a exprimé sa volonté à cet égard ; 2° quand il s'agit d'une rente viagère ou d'une pension léguées à titre d'aliments ; et 3° quand le légataire se trouvait déjà en possession de l'objet avant le décès du testateur (art. 1014 et 1015).

En outre de l'action personnelle qui, pour l'exécution du legs, appartient au légataire contre le débiteur ou les différents débiteurs de ce legs (et qui, dans le cas de plusieurs débiteurs, se divise contre eux en proportion de ce que chacun prend dans le disponible), et en outre encore de l'action en revendication quand le legs a pour objet la propriété d'un corps certain, la loi donne au légataire, sur les immeubles de la succession, une action hypothécaire que, par une fausse interprétation du droit romain, elle permet d'exercer contre chacun des débiteurs pour la totalité du legs. Au surplus, le débiteur des legs, alors même qu'il est héritier pur et simple, ne devant jamais ces legs comme continuateur de la personne défunte (puisque cette personne ne les devait pas), mais seulement comme détenteur des biens disponibles, c'est

seulement jusqu'à concurrence de ces biens disponibles, et jamais *ultra vires,* que ces legs seront dus (art. 1017).

Le legs d'une chose déterminée comprend nécessairement les accessoires de cette chose; et comme c'est au moment du décès du testateur que la chose léguée devient la propriété du légataire, c'est dans l'état où elle se trouve alors qu'elle lui appartient. Ainsi les embellissements, les plantations, les réparations ou accroissements de constructions, et toutes autres améliorations faites dans l'intervalle de la confection du testament à la mort du testateur, profiteront au légataire. Mais quand il s'agit de nouveaux immeubles acquis à côté de celui qu'on avait légué, le Code ne les regarde comme accessoires du premier et ne les attribue au légataire que dans un cas : c'est quand il s'agit d'un enclos, et que le testateur en a reculé les clôtures de manière à former toujours un seul enclos plus considérable. Que si, au lieu d'augmenter des constructions déjà existantes, le testateur avait bâti sur un terrain précédemment nu, il faudrait distinguer : si la construction n'est que l'accessoire du terrain (comme serait le pavillon d'un jardin ou les bâtiments d'une ferme), le tout est compris dans le legs; mais si le terrain quelconque, prairie, jardin, etc., a disparu et s'est absorbé sous la construction, le jardin ou autre terrain légué se trouve juridiquement détruit et le legs s'évanouit, comme on le verra à la section suivante. Toujours, d'après les mêmes principes, si, lors du décès, l'immeuble légué se trouve grevé d'une hypothèque, le légataire (qui, bien entendu, n'est pas tenu de payer la dette) doit subir l'existence de cette hypothèque, et ne peut pas contraindre l'héritier à dégager l'immeuble avant l'échéance; à moins, évidemment, que le testateur n'ait exprimé une volonté contraire (art. 1018-1020).

Quand le testateur lègue directement un corps certain appartenant à autrui, le legs est nul, sans qu'il y ait à considérer comme autrefois si le testateur savait ou non que la chose ne lui appartenait pas. Ce principe nouveau devra être pris en considération pour déterminer les effets du legs par lequel le testateur attribuerait tout ou partie d'un bien dans lequel il n'a qu'une part indivise. On conçoit, au surplus, que ces effets seraient différents, 1° selon que le testateur aurait légué ou l'immeuble, ou telle fraction divise de l'immeuble, ou seulement la part indivise qu'il avait actuellement dans cet immeuble; 2° selon que l'indivision du bien aurait ou non cessé avant la mort du testateur; et enfin 3° selon que, en cas de cessation de l'indivision, le bien serait venu tout entier au testateur, ou ne lui serait venu qu'en partie, ou aurait cessé pour le tout de lui appartenir (art. 1021).

Dans le legs d'une chose *in genere,* le choix, à moins de déclaration contraire du testateur, appartient au débiteur du legs, qui doit, au surplus, offrir une chose de qualité moyenne (art. 1022).

Le legs qui s'adresse à un créancier peut fort bien ne lui être fait qu'en compensation de sa créance et pour lui procurer un titre nouveau et peut-être plus avantageux; mais cette nature purement compensatoire

du legs ne doit pas se présumer, et elle ne peut être admise que quand elle résulte des termes du testament (art. 1023).

Les dettes n'étant pas la charge de tel ou tel bien particulier, mais de l'ensemble du patrimoine, il s'ensuit que le légataire particulier n'est jamais tenu des dettes du défunt. Mais il est bien évident que si le testateur, par des legs particuliers, avait donné plus que son actif, ces legs seraient nuls jusqu'à due concurrence; car le défunt a réellement donné ce qui ne lui appartenait pas : *non sunt bona nisi deducto œre alieno; nemo liberalis nisi liberatus* (art. 1024).

LXI. — D'après le principe de droit commun qui met les frais du payement à la charge du débiteur, c'est au débiteur d'un legs à supporter les frais de la délivrance; mais l'application de ce principe cesserait, bien entendu, vis-à-vis des héritiers réservataires, dans le cas où la valeur réunie des frais de délivrance et du capital des différents legs dépasserait le chiffre du disponible. Quant aux frais de mutation de propriété, ils sont tout naturellement à la charge du légataire. Mais une déclaration expresse du testateur peut changer l'une et l'autre règle, pourvu, toujours, que la réserve ne soit pas entamée (art. 1016).

Du reste, chaque légataire peut aujourd'hui ne faire enregistrer le testament que pour la disposition qui le concerne, tandis que notre ancien droit ne permettait pas cet enregistrement partiel (*ibid.*).

SECTION III.

DE LA RÉVOCATION ET DE LA CADUCITÉ DES LEGS.

LXII. — Les legs peuvent être révoqués, soit par le changement de volonté du testateur, soit par sentence du juge, après la mort de ce testateur, pour l'une des causes d'indignité prévues par la loi. Ils peuvent en outre devenir inefficaces, caducs, par la destruction de la chose, ou par le prédécès, l'incapacité ou le refus du légataire; mais quelquefois la caducité peut se trouver conjurée par l'effet du droit d'accroissement. C'est ce qui va être expliqué dans les deux paragraphes suivants.

§ 1er. — **De la révocation.**

LXIII. — La révocation peut résulter tout d'abord, avons-nous dit, de la volonté même du donateur. Dans ce cas, elle peut être expresse ou tacite.

La révocation expresse ne peut se faire verbalement; elle n'est valable qu'autant qu'elle est consignée ou dans un testament postérieur, ou dans un acte notarié. Bien entendu, il faut que le testament ou l'acte notarié portant révocation ne se trouvent pas nuls pour vices de forme, puisqu'ils seraient ainsi sans existence légale. Mais si ce testament portant révocation, alors qu'il serait nul en tant que testament, se trouvait valable comme acte notarié (parce qu'on aurait violé les règles du Code en accomplissant celles de la loi de ventôse), il y aurait révocation,

puisque alors l'écrit était tout ensemble testament et acte notarié, et qu'il demeure valable en cette dernière qualité. Nous croyons, au contraire, et malgré l'opinion commune, que la révocation serait sans effet si elle était faite dans un acte écrit, daté et signé par le testateur, mais qui ne contiendrait aucune disposition de biens. En vain on dirait que cet acte constitue un testament, parce qu'il fait revenir aux héritiers les biens attribués d'abord au légataire. L'erreur est évidente, puisque ces héritiers viendraient alors, non en vertu d'un testament, mais comme successeurs ab intestat, *absque testamento*. En vain encore on dirait que, si l'acte n'est pas un testament, il a du moins la forme d'un testament, et que cela suffit : cela ne suffit pas, puisque la loi a soin de dire que quand l'acte n'est pas un testament, il faut qu'il soit notarié (art. 1035).

La révocation tacite a lieu pour les legs qui se trouvent incompatibles avec d'autres legs postérieurs, c'est-à-dire quand il résulte des circonstances que le testateur a eu la volonté de supprimer les premières dispositions pour y substituer les secondes (art. 1036). La révocation tacite résulte encore de toute aliénation que le testateur fait de l'objet légué, alors même que cette aliénation serait absolument nulle en droit : tout ce que la loi demande, c'est que le testateur ait voulu et cru aliéner. Mais il ne suffirait pas, bien entendu, d'une aliénation faite sous une condition suspensive, qui ne s'est pas accomplie, puisque alors le testateur n'a entendu aliéner l'objet et le retirer au légataire qu'autant que tel événement arriverait, et que cet événement n'est pas arrivé (art. 1038). Une troisième et dernière cause de révocation tacite se trouve dans la suppression de l'acte testamentaire (*ibid.*).

Toutes les fois qu'un testament se trouve révoqué en tout ou partie, soit expressément, soit tacitement, par un testament postérieur, la circonstance que ce second testament, valable en la forme, ne produirait pas son effet, laisserait subsister la révocation (art. 1037). Quant au point de savoir si le retrait de la révocation ferait revivre le testament révoqué, c'est une question d'intention qui ne pourra se résoudre que par les circonstances (*ibid.*).

LXIV. — Nous avons dit que la révocation des legs peut aussi être prononcée après la mort du testateur. La loi, en effet, permet de la prononcer : 1° pour inexécution des charges imposées au légataire ; 2° pour attentat à la vie du testateur ; 3° pour sévices, délits ou injures graves envers ce testateur ; 4° enfin pour injure grave à la mémoire du testateur défunt (art. 1046).

Dans ce dernier cas, la loi limite la durée de l'action en révocation à une année à partir du jour du délit. Pour le cas d'inexécution des charges, l'action durerait trente ans ; et dans les deux autres, il a été dit, lors de la confection du Code, qu'elle aurait la même durée que l'action en poursuite du crime ou du délit (art. 1047).

§ 2. — De la caducité et du droit d'accroissement.

LXV. — Le legs devient caduc, c'est-à-dire qu'il tombe et s'évanouit, dans quatre cas : 1° Quand le légataire meurt, soit avant le décès du testateur, dans le legs pur et simple ou à terme, soit avant l'accomplissement de la condition, dans les dispositions conditionnelles (articles 1039 et 1040). — 2° Quand la chose léguée vient à périr avant la mort du testateur. Et il faut remarquer qu'il peut y avoir extinction juridique d'une chose qui continue de subsister physiquement : tel serait le cas de pièces de bois que le testateur aurait employées à faire un navire, d'un champ qu'il aurait fait couvrir de maisons et qui serait devenu l'un des quartiers d'une ville, etc. (art. 1042). — 3° Quand ce légataire refuse le legs (art. 1043). — 4° Enfin, quand il se trouve incapable de le recueillir (*ibid.*).

LXVI. — Le prédécès, le refus ou l'incapacité du légataire ne produisent cependant pas toujours la caducité du legs, du moins sa caducité absolue.

En effet, celui qui prédécède, refuse ou se trouve incapable, peut n'être que l'un de plusieurs légataires dont chacun était appelé à la totalité de l'objet ; et il est clair que, dans ce cas, l'exclusion de ce légataire, au lieu de faire revenir l'objet au débiteur du legs, aura pour unique effet d'en attribuer une plus forte part au colégataire du défaillant : il y a bien alors caducité quant au légataire défaillant, mais non quant au legs lui-même. — Cette faculté, pour un colégataire, d'obtenir, dans l'objet légué à plusieurs, une part plus forte que celle qu'il aurait eue si tous les appelés étaient venus, a reçu le nom de *droit d'accroissement ;* mais on voit qu'il y a bien plutôt *non-décroissement* du droit à la totalité, ou du moins *décroissement moindre* que celui dont ce droit aurait été atteint si tous les appelés étaient venus concourir.

Ce non-décroissement (ou cet accroissement, pour employer l'expression habituelle) ne peut avoir lieu, comme on le voit, qu'entre légataires appelés tous à un même bien et chacun pour le tout ; il serait impossible entre ceux qui ne seraient appelés qu'à des objets distincts, ou, ce qui est la même chose, à des parts distinctes d'un même objet (car les deux parties d'une chose forment deux choses distinctes, du moment qu'on les considère en tant que séparées l'une de l'autre). C'est là ce qu'on exprime en disant que l'accroissement n'a lieu que pour des légataires *conjoints,* que dans les legs faits *conjointement.*

Mais quand le legs sera-t-il fait conjointement, quand chacun des divers légataires y sera-t-il appelé à la totalité de l'objet ? Ce point dépend, évidemment, de l'intention qu'a eue le testateur, intention qu'il faudra décider, comme toujours, d'après les circonstances. Le Code a eu raison dès lors de ne pas reproduire ici les règles absolues et mathématiques du droit romain et de notre ancien droit, qui devaient iné-

vitablement conduire à méconnaître souvent la pensée du disposant. — Sans se jeter dans l'ancienne classification des conjonctions *re tantùm, re et verbis, verbis tantùm,* le Code pose ce principe de raison qu'il y aura accroissement toutes les fois que les legs seront faits conjointement, c'est-à-dire avec vocation à la totalité pour chaque légataire; et il abandonne ainsi aux magistrats le soin de décider en fait si cette vocation au tout existe ou non. Toutefois, il indique deux cas dans lesquels la conjonction, la vocation à la totalité pour chacun, se présume de plein droit : c'est 1° quand les divers légataires seront appelés à une même chose par une même clause du testament et sans assignation de parts; 2° quand le bien attribué à plusieurs par des clauses séparées, mais dans un même testament, sera de nature à ne pas se diviser sans détérioration. Dans tous autres cas, la vocation au tout ne résultera point des règles générales posées *à priori;* ce sera aux juges à examiner en fait si elle existe (art. 1044 et 1045).

LXVII. — Le point si simple que c'est la vocation au tout qui constitue la conjonction et qui donne lieu à l'accroissement, conduit, ce semble, à une solution facile de questions qu'on a souvent controversées. — Ainsi, quand l'un des deux légataires appelés fait défaut, le second ne pourra pas dire qu'il ne veut prendre que sa moitié sans y joindre celle du défaillant; il doit prendre le tout ou refuser le tout, puisque c'est au tout qu'il est et a toujours été appelé. — Si le légataire défaillant était grevé de charges, l'accroissement ne les transporterait pas au second légataire, puisque ce n'est pas le legs du premier qu'il invoque, mais son propre legs, lequel l'appelle, et sans charges, à la totalité de la chose. — Si le légataire défaillant était appelé par une clause commune à un second légataire, et que deux autres le soient par une autre clause, l'accroissement n'aurait pas lieu pour cela au profit exclusif du légataire appelé par la même clause que le défaillant; les deux autres ayant droit au tout aussi bien que celui-ci, l'accroissement profiterait également à tous. — Enfin, puisque chaque légataire est appelé au tout, et que, quand son droit s'est ouvert, il s'est ouvert pour le tout, il s'ensuit que, quand même l'obstacle qui nuisait à l'exercice entier de son droit n'aurait disparu qu'après sa mort, l'accroissement auquel donne lieu la cessation de cet obstacle ne se réaliserait pas moins et profiterait à ses successeurs (art. 1045).

Terminons cette matière de l'accroissement par l'indication d'une différence importante, résultant de la force même des choses, entre les legs de propriété et les legs d'usufruit. Cette différence, que nos commentateurs modernes, en prenant évidemment le change sur la question, ont prétendue impossible, ne saurait manquer, quand cette question aura été replacée sur son vrai terrain, d'être admise sous le Code, comme elle l'a toujours été dans le droit romain et dans notre ancien droit, dont le Code n'a nullement changé les principes sur ce point. — Quand les deux légataires, à chacun desquels la *propriété* d'un immeuble a été léguée pour le tout, sont venus recueillir tous deux en prenant chacun moitié, il est clair que l'obtention postérieure de la

totalité par l'un d'eux est à jamais impossible, puisque la moitié recueillie par l'autre devant être possédée à toujours (par lui d'abord et par ses successeurs après lui), il y aura obstacle perpétuel à ce que son colégataire puisse voir cette moitié se réunir à la sienne par l'effet du legs. Mais quand le legs a donné et que les deux légataires ont recueilli l'*usufruit* seulement de l'immeuble, la mort d'un de ces légataires faisant cesser sa moitié d'usufruit, il n'y a dès lors aucun obstacle à ce que l'autre réunisse désormais, et pour le reste de sa vie, cette moitié d'usufruit à la moitié dont il a joui déjà. Ce serait évidemment violer la volonté du défunt que de refuser alors cette moitié au légataire pour la laisser aux héritiers, puisque, pour l'usufruit tout entier, le testateur a préféré à ces héritiers chacun des deux légataires (*ibid.*).

SECTION IV.

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES.

LXVIII. — On appelle exécuteurs testamentaires les personnes auxquelles le testateur donne mandat de veiller, après sa mort, à l'exécution de ses volontés dernières.

Le testateur peut ne désigner qu'un exécuteur testamentaire, comme il peut en nommer plusieurs ; et, dans ce dernier cas, il est libre de conférer à chacun des fonctions spéciales ou de donner à tous un pouvoir entier. La nomination, au surplus, ne peut se faire que par testament (art. 1025).

Le testateur peut, pour garantir l'exécution des legs mobiliers, donner à son exécuteur testamentaire la saisine improprement dite, c'est-à-dire la possession de fait, de ses meubles ; mais cette possession, qui n'empêcherait pas la possession civile de l'héritier, et qui ne peut pas être étendue aux immeubles, ne peut jamais durer plus d'un an et un jour. L'héritier, au surplus, peut toujours la faire cesser en justifiant de l'exécution des legs mobiliers ou en offrant à l'exécuteur une somme suffisante pour les acquitter (art. 1026 et 1027).

L'exécuteur testamentaire devant rendre ses comptes non au testateur qui le nomme, mais aux héritiers de ce testateur par lesquels il n'est pas choisi, et par lesquels il ne peut pas être révoqué, la loi devait s'écarter ici du principe qui permet de prendre des incapables pour mandataires. Elle déclare donc que quiconque ne peut pas contracter une obligation présentant toutes les garanties suffisantes ne pourra être exécuteur testamentaire. Ainsi, le mineur en tutelle et même le mineur émancipé seront incapables d'accepter ce mandat particulier, même avec l'intervention du tuteur ou curateur. La femme séparée de biens, ou qui, mariée sous le régime dotal, a des biens paraphernaux, pouvant être poursuivie sur la pleine propriété de ces biens pour les obligations qu'elle contracte soit avec l'autorisation du mari, soit avec celle de la justice, la loi lui permet d'accepter avec l'une ou l'autre autorisation ; mais quant à la femme mariée en communauté, ou avec exclusion de communauté, ou sous le régime dotal, mais sans biens para-

phernaux, comme c'est le mari qui a la jouissance de ses biens, et qu'avec l'autorisation de la justice elle n'en obligerait que la nue propriété, elle ne peut accepter la charge qu'avec l'autorisation du mari (art. 1028-1030).

LXIX. — Quand l'exécuteur testamentaire est saisi du mobilier, il doit, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents, faire apposer les scellés pour la garantie des héritiers, et la levée ne peut s'en faire qu'avec un inventaire des meubles. Le testateur peut toutefois, par une clause formelle, débarrasser son exécuteur du soin de faire dresser cet inventaire; mais il est clair qu'il ne pourrait pas défendre qu'un inventaire fût fait : les héritiers pourront donc toujours y faire procéder. Dans ce même cas de saisine, l'exécuteur doit, quand cette saisine expire, rendre compte aux héritiers de l'emploi qu'il a pu faire du mobilier soit pour acquitter les legs, soit pour payer les frais funéraires que le testament l'aurait chargé de faire, ou les dépenses de scellés, d'inventaire et autres relatives à ses fonctions (art. 1031). Ces dépenses, à l'exception de celles des funérailles et autres constituant des dettes proprement dites, seraient à la charge, non pas précisément de la succession, mais de la partie disponible de cette succession, puisqu'elles ne sont faites que dans l'intérêt des légataires (art. 1034).

Le testateur ne pourrait pas dispenser l'exécuteur testamentaire de la reddition de ce compte : un administrateur du bien d'autrui qui ne serait pas tenu de rendre compte de l'emploi de ce bien serait une absurdité. En vain on objecterait que le testateur pouvait lui donner plus qu'une dispense de rendre compte du mobilier et lui en attribuer la propriété même. Sans doute, il pouvait le faire; mais du moment qu'il ne l'a pas fait, et que la propriété des biens est restée dès lors à l'héritier, il faut bien que l'administrateur rende compte de l'emploi qu'il en a fait (art. 1031).

Quand l'exécuteur testamentaire n'a pas reçu la saisine du mobilier, il n'est pas tenu de faire poser les scellés; mais il en a toujours la faculté, puisqu'il est chargé de prendre toutes les mesures qui peuvent être nécessaires pour garantir l'exécution des legs (art. 1031). Dans tous les cas, et qu'il soit saisi ou non, il peut, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs, provoquer la vente du mobilier, et intervenir, pour soutenir les droits des légataires, dans toutes les contestations élevées sur l'exécution du testament (*ibid.*).

La charge d'exécuteur testamentaire est, comme tout autre mandat, personnelle à celui à qui on la confie, et ne passe point à ses héritiers (art. 1032).

Quand le testateur a nommé plusieurs exécuteurs testamentaires et que tous ont accepté, il faut distinguer si le testament attribue à chacun d'eux des fonctions spéciales ou garde le silence sur ce point. Dans le premier cas, chaque mandataire n'a de pouvoir que pour l'objet qui lui est désigné; et s'il s'est renfermé dans les limites de cet objet, sa responsabilité ne s'étend pas au delà. Quand il n'y a pas division des fonctions, la loi reconnaît à chacun des exécuteurs un pouvoir absolu,

et, par suite, chacun répond, pour le tout et solidairement avec ses coexécuteurs, du mobilier qui a pu leur être confié. Cette responsabilité solidaire pour l'emploi du mobilier existerait encore pour les exécuteurs qui, chargés de fonctions spéciales, seraient sortis des limites qui leur étaient tracées. — Que si, dans ce cas de plusieurs exécuteurs testamentaires, il y a acceptation de quelques-uns seulement et refus des autres, c'est d'après l'ensemble des circonstances qu'il faudra apprécier, en fait, quelle a été pour ce cas l'intention du disposant (art. 1033).

CHAPITRE IV.

DES DONATIONS ET DES TESTAMENTS CONTENANT UNE SUBSTITUTION OU PRÉSENTANT UN PARTAGE D'ASCENDANT.

SECTION PREMIÈRE.

DES SUBSTITUTIONS.

LXX. — On appelle *substitution,* ou *substitution fidéicommissaire,* la clause par laquelle des donateurs ou testateurs imposent à celui qu'ils gratifient la charge de conserver jusqu'à son décès la chose donnée, pour la transmettre alors à une ou plusieurs personnes qui se trouvent ainsi gratifiées en second ordre. Celui qui reçoit à charge de substitution se nomme *grevé;* celui à qui il doit rendre se dit *appelé* ou *substitué*.

Et d'abord il faut, pour qu'il y ait substitution, que le donataire ou légataire ait été *obligé* par le disposant à *conserver* la chose. Ainsi, il n'y a pas substitution quand on a donné une chose à la charge d'en rendre une autre (car alors il n'y a pas charge de conserver la chose donnée); ni quand il y a charge de rendre ce qui restera du bien, ce qu'on appelle fidéicommis *de residuo, de eo quod supererit* (puisque le donataire est maître de faire qu'il ne reste rien et n'est pas obligé de conserver); ni quand il y a seulement prière ou invitation de conserver et de rendre (puisque alors encore le bénéficiaire n'est pas obligé). Que si la disposition, tout en imposant l'obligation de conserver, accorde la faculté d'aliéner *en cas de besoin,* la solution peut dépendre des circonstances. En principe, il faut dire qu'il y a substitution, car il est évident que les mots *en cas de besoin* ne signifient pas *à la fantaisie* de la personne, mais seulement s'il y a nécessité; et comme un propriétaire ne se met pas par plaisir dans la nécessité d'aliéner ses biens, il faut bien reconnaître qu'il y a alors obligation sérieuse de conserver la chose. Mais s'il résultait de l'ensemble de la disposition que par les mots *en cas de besoin du donataire* le disposant a seulement voulu dire *si le donataire le trouve avantageux,* il est clair que ce donataire n'est plus dans l'obligation de conserver, et que la substitution n'existe pas (art. 896).

Il faut, en second lieu, pour qu'il y ait substitution, qu'il y ait pour le donataire charge de conserver jusqu'à sa mort. L'obligation de conserver jusqu'à telle époque ou jusqu'à tel événement autre que son

décès constituerait bien un fidéicommis, mais ce ne serait plus une substitution dans le sens de la loi (*ibid.*).

Enfin, il n'y a substitution que quand la libéralité est faite avec charge de conserver jusqu'à la mort *pour transmettre alors à telle personne;* en sorte que, quand même la libéralité serait faite à la condition que le bénéficiaire n'aliénera jamais, pas même par testament, il n'y aurait pas substitution, puisque le bien irait, après la mort de ce bénéficiaire, non à telle ou telle personne désignée comme donataire en second ordre par le disposant, mais aux héritiers quelconques du bénéficiaire, qui le recueilleraient à ce titre d'héritiers (*ibid.*).

Ce n'est que par donation ou par testament que l'on peut faire des substitutions; et non-seulement le substitué, mais aussi le grevé, sont toujours nécessairement donataires ou légataires. Ainsi, par exemple, lorsque, en laissant mon fils pour héritier, je lègue telle ferme à mon neveu, mais pour n'être prise par lui qu'au décès de mon fils, il est vrai que c'est là, en réalité, une substitution dont mon fils est grevé, puisque celui-ci ne reçoit la ferme à ma mort que sous l'obligation de la conserver jusqu'à son décès pour la transmettre alors à mon neveu. Mais aussi mon fils, quoiqu'il ne soit pas appelé à la ferme par une clause du testament et qu'il semble la recueillir *ab intestat* comme le reste de mes biens, ne la recueille réellement qu'en vertu de ce testament et comme légataire. En attribuant la ferme à mon neveu pour le décès de mon fils, il est clair que je la retire de ma succession légitime, aussi bien quant à celui-ci que quant à mon neveu, et que mon testament signifie : « Mon fils prendra la ferme, non d'après la règle ordinaire des successions, mais d'après la règle que ma volonté trace ici, savoir, pour la conserver, sa vie durant, sans pouvoir l'aliéner jamais, et pour la transmettre à mon neveu en mourant. » Mon fils lui-même n'est donc que légataire quant à cette ferme (*ibid.*).

LXXI. — La nature de la substitution étant ainsi expliquée, il faut savoir que le principe du Code en cette matière, c'est que toute substitution est nulle et rend nulle aussi la disposition, soit entre-vifs, soit testamentaire, qui la contient. Et il en est ainsi alors même que la condition ou les conditions auxquelles la substitution serait soumise ne se réaliseraient pas : du moment qu'une substitution, même conditionnelle sous plusieurs rapports, est imposée à une donation ou à un legs, immédiatement et quoi qu'il puisse arriver plus tard, il y a nullité de la disposition. Mais il en serait autrement, bien entendu, et la substitution n'emporterait pas nullité de la disposition principale, si elle n'était écrite que sous la condition même de n'être pas une substitution. Ainsi, je fais ma donation ou mon legs « sous telle charge, à moins toutefois que cette charge ne se trouve être une substitution, auquel cas je l'efface. » Dans ce cas, la substitution n'a pas existé un seul instant, même éventuellement; elle ne s'est pas formée, même comme possible : c'est évident, puisque la clause était écrite pour ne s'exécuter qu'autant qu'elle ne serait pas une substitution (*ibid.*).

Si la substitution, en principe du moins, emporte nullité de la libéra-

lité à la charge de laquelle elle est mise, cette nullité ne s'étend pas, bien entendu, aux autres libéralités qui pourraient être faites par le même acte, lors même qu'elles s'adresseraient à la même personne. Sans doute, si deux immeubles sont donnés l'un et l'autre à la charge d'en rendre un, la donation sera nulle pour tous deux, puisque le premier n'était donné lui-même qu'à la charge de rendre le second; mais si le premier avait été donné purement et que l'attribution du second eût été seule affectée de la substitution, la donation serait maintenue pour le premier. Il y aura donc là un point de fait à examiner (*ibid.*).

A ce principe de nullité des substitutions et des libéralités qui les contiennent, le Code a admis une exception (élargie plus tard par la loi du 17 mai 1826, mais ramenée à ses premières limites par celle du 11 mai 1849). Nous aurons à voir successivement : — 1° quelles substitutions sont permises; — 2° quels sont les effets de la substitution et quels droits elle donne, soit au grevé, soit au substitué; — 3° quelles mesures doivent être prises, en cas de substitution, dans l'intérêt des appelés; — 4° enfin, quelles mesures sont ordonnées dans l'intérêt des tiers.

§ 1er. — Des substitutions permises.

LXXII. — Le Code permet à un donateur ou testateur, disposant au profit d'un enfant, ou même (quand il n'a pas d'enfants ou de descendants qui doivent lui succéder) au profit d'un frère ou d'une sœur, d'appeler comme substitués tous les enfants nés et à naître du donataire ou légataire (art. 1048-1050).

Il est évident, au surplus, que dans les dispositions faites à charge de substitution, comme dans toutes autres, on peut mettre la clause que les Romains appelaient *substitution vulgaire,* et qui consiste à dire que si telle personne appelée à une disposition ne la recueille pas, cette disposition appartiendra à telle autre qui se trouve ainsi appelée sous la condition que la première fera défaut (art. 898).

LXXIII. — S'il arrivait que le grevé mourût laissant après lui un ou plusieurs substitués et des descendants d'un substitué prédécédé, ces derniers recueilleraient par représentation la portion du substitué prédécédé (art. 1051).

Celui qui veut soumettre à une substitution les biens qu'il avait d'abord donnés purement, le peut facilement, on le conçoit, si la première disposition s'est faite par testament, puisqu'il peut à son gré révoquer ce testament pour le remplacer par une nouvelle libéralité faite à charge de rendre. Que si la première disposition est une donation entre-vifs, la loi permet au donateur de faire une disposition, soit entre-vifs, soit testamentaire, qui reporte la charge de rendre sur les biens donnés en premier lieu; et si le donataire accepte cette seconde libéralité, il ne pourra plus, même en offrant de l'abandonner, se débarrasser de l'obligation de rendre les biens donnés d'abord (art. 1052).

§ 2. — Des droits du grevé et des appelés. Ouverture des substitutions.

LXXIV. — Quoique le grevé soit chargé de rendre les biens, il n'en est pas moins le propriétaire; seulement, sa propriété se résout par l'ouverture de la substitution. Ainsi, le grevé peut hypothéquer ou aliéner les biens; mais la résolution s'accomplissant, les aliénations ou concessions de droits réels s'évanouiraient et se trouveraient n'avoir jamais existé. Quant aux appelés, ils n'ont jusqu'à l'ouverture de leur droit qu'une simple espérance, qui leur permet toutefois de prendre toutes mesures conservatoires (art. 1053).

Quoique la propriété des biens soit actuellement au grevé, comme elle ne lui appartient que transitoirement et résolutoirement, et non d'une manière absolue, les dépenses relatives à cette propriété (par exemple, des reconstructions de bâtiments) seraient, non à la charge personnelle du grevé, mais à la charge des biens eux-mêmes, dont l'importance serait diminuée d'autant pour le grevé d'abord et pour les appelés ensuite; on pourrait, pour ce cas, aliéner ou hypothéquer une partie des biens, en suivant les formes exigées pour les biens des mineurs (*ibid.*).

C'est par les circonstances que l'on verrait si une prescription qui a couru au profit du grevé pendant sa jouissance s'est accomplie pour lui personnellement ou pour le compte de la substitution. Quant à celle qui aurait couru pour des tiers sur des biens de la substitution, elle aura son effet ordinaire contre les substitués; car aucun texte ne déclare imprescriptibles les biens grevés de substitution (*ibid.*).

LXXV. — Trois causes peuvent ouvrir la substitution et transformer ainsi l'espérance des appelés en propriété actuelle des biens :

1° La mort naturelle ou civile du grevé;

2° Sa déchéance, prononcée pour n'avoir pas fait nommer un tuteur à la substitution, comme nous le verrons plus loin (art. 1057);

3° L'abandon volontaire que le grevé fait de sa propriété aux appelés avant sa mort. — Cette attribution des biens aux appelés du vivant du grevé serait non avenue quant aux appelés qui pourraient naître plus tard, et aussi pour ceux qui, actuellement vivants, n'auraient pas voulu l'accepter; pour eux, ce ne serait toujours qu'au décès du grevé, et d'après l'état de la famille lors du décès, que se feraient l'ouverture définitive et le partage des biens. Mais cette attribution anticipée sera définitive pour ceux qui auront consenti à l'accepter comme telle. En vain on objecterait que le Code ne parle que d'un abandon de la *jouissance*, ce qui doit faire penser que l'abandon définitif de la propriété n'est pas permis; car c'est la propriété même du grevé que le Code entend désigner par ce nom impropre : c'est évident, puisqu'il pose en principe général que le droit des appelés s'ouvrira quand cessera la *jouissance* du grevé. La troisième cause n'est applicable que pour les substitutions faites sous la loi de 1826, puisqu'elle entraînerait souvent entre les en-

fants une inégalité de parts que ne permet pas le Code. — Au surplus, l'abandon anticipé ne pourra jamais nuire ni aux créanciers du grevé, antérieurs à l'abandon, ni à ceux auxquels ce grevé aurait consenti des droits réels sur les biens (art. 1053).

L'arrivée de l'événement ou de l'époque, autres que la mort du grevé, marqués par le disposant comme terme de la substitution, donne également ouverture au droit des appelés; mais on sait qu'il n'y aurait plus là une substitution proprement dite, puisqu'il n'y aurait pas de charge de conserver jusqu'à la mort. Une telle disposition aurait été nulle, il est vrai, avant la loi de 1826, et le serait encore aujourd'hui depuis la loi de 1849, puisqu'elle présente une violation indirecte de la règle qui défend de faire restituer les biens à une partie seulement des enfants; mais il est clair qu'elle n'a rien d'illégal dans les libéralités faites sous la loi de 1826, et qu'elle doit s'appliquer pour elles (*ibid.*).

LXXVI. — On a encore présenté comme causes d'ouverture de la substitution : 1° l'abus de jouissance du grevé; 2° la révocation de sa libéralité pour ingratitude ou pour inexécution des conditions; et 3° son refus d'accepter la disposition, quand il s'agit d'un legs. Cette doctrine nous paraît inexacte.

Et d'abord, l'abus de jouissance est bien une cause de déchéance contre un usufruitier; mais le grevé étant propriétaire, cette règle, qui est une disposition pénale, et qui ne saurait dès lors s'étendre au delà de ses termes, ne lui est pas applicable : l'abus pourra donc seulement donner lieu, vis-à-vis de lui, à des dommages-intérêts pour le passé et à des mesures conservatoires pour l'avenir. — La révocation de la libéralité ne saurait ouvrir non plus le droit des appelés. Si elle est prononcée pour inexécution des charges, il est clair qu'elle entraîne la nullité entière de la libéralité faite à la condition de ces charges, et que cette libéralité sera non avenue aussi bien pour les substitués que pour le grevé. Si elle a lieu pour l'ingratitude du grevé, il est bien vrai qu'elle ne peut pas nuire aux appelés qui ne doivent pas, donataires innocents, être frappés pour la faute du donataire coupable; mais elle ne doit pas non plus leur profiter en leur procurant de suite des biens auxquels ils ne sont appelés que pour le décès de leur auteur. Ces biens reviendront donc au donateur ou aux héritiers du testateur, mais grevés de substitution comme ils l'étaient chez le donataire ou le légataire ingrat, et sauf à être restitués aux appelés à la mort du grevé, comme si la révocation n'avait pas eu lieu. — Quant au refus que ferait un légataire d'accepter le legs qui lui est offert avec charge de substitution, il est clair qu'au lieu d'ouvrir le droit des substitués, il empêcherait, au contraire, la substitution de se former, aussi bien que le refus de celui à qui serait offerte une donation entre-vifs; car il n'y a pas de substitution possible sans une disposition principale qui la contienne, et il n'y a pas plus de legs quand le légataire refuse qu'il n'y a de donation quand le donataire n'accepte pas (*ibid.*).

LXXVII. — A la mort du grevé, les substitués, qu'ils soient ou non héritiers de ce grevé, acquièrent immédiatement et la propriété et la

possession civile des biens compris dans la substitution; en sorte que, s'ils ne sont pas les héritiers, ils n'ont à demander à ceux-ci que la restitution, la délivrance matérielle des biens. C'est évident, puisqu'ils sont donataires ou légataires, non de ce grevé, mais du disposant lui-même, et que les biens leur viennent *non à gravato, sed à gravante*. Tous les droits du grevé sur les biens se résolvant pleinement par sa mort, les héritiers ne peuvent pas plus avoir sur eux le droit de possession que le droit de propriété; ils n'en ont que la possession de fait, comme de simples dépositaires (*ibid.*, n° VIII).

Tout en ne permettant les substitutions que difficilement et par exception, la loi n'a cependant pas voulu qu'on pût les faire et défaire par un même acte, et les créer en y appliquant des charges qui pourraient les rendre sans effet. Ainsi, le disposant ne peut pas permettre au grevé de consentir à son gré des hypothèques qui auraient effet contre les appelés. La loi ne permet cet effet que pour l'hypothèque légale de la femme du grevé en cas d'insuffisance des autres biens du mari, et seulement pour le capital des deniers dotaux. Il faut, au surplus, que le disposant ait déclaré sa volonté à cet égard en termes exprès. — Il va sans dire, au reste, que les appelés ne pourraient critiquer ni les hypothèques ni les aliénations consenties par le grevé, s'ils étaient ses héritiers purs et simples, et qu'ils ne pourraient pas même, dans ce cas (comme le permettait l'ancien droit dans un but tout aristocratique), reprendre aux tiers les biens aliénés en leur en payant la valeur (art. 1054).

§ 3. — Des mesures ordonnées par la loi dans l'intérêt des appelés.

LXXVIII. — Dans toute substitution, et pour celle-là même où les appelés seraient actuellement majeurs et capables, il doit être nommé un tuteur chargé de faire tout ce qui sera nécessaire pour assurer l'exécution de la charge de rendre. Ce tuteur, qui n'est pas donné *personæ*, mais *rei*, et pour lequel il n'y a ni hypothèque légale, ni subrogé tuteur, ni conseil de famille, peut être nommé par l'auteur de la disposition, soit dans l'acte même, soit dans un acte postérieur, pourvu qu'alors il soit authentique. Si, à la mort du disposant, il n'existe pas de tuteur désigné par lui, le grevé, ou son tuteur (s'il est mineur ou interdit), est tenu d'en faire nommer un par un conseil de famille dans le mois, à partir du décès ou de la connaissance postérieurement acquise de la disposition. Si cette obligation n'est pas remplie, le grevé, qu'il soit mineur ou majeur, qu'il existe ou non des appelés, est déchu de son droit, sans qu'il y ait lieu pour lui à restitution pour l'insolvabilité de son tuteur. S'il existe des appelés, leur droit doit être déclaré ouvert, sur la demande qui peut être formée soit par eux-mêmes, soit par leurs tuteurs ou curateurs, soit par quelqu'un de leurs parents, soit même par le procureur impérial. Bien entendu, cette attribution aux appelés actuellement vivants n'est que conditionnelle, en ce sens que, si d'autres appelés viennent à naître postérieurement, les biens seront

partagés avec eux ; mais elle ne l'est pas en ce sens que les appelés actuellement vivants ne dussent garder leur part qu'en cas de survie au grevé : c'est évident, puisque ici ce n'est plus le décès du grevé qui vient ouvrir la substitution, mais le fait de sa déchéance. Que s'il n'existe pas encore d'appelés, les héritiers du disposant reprennent les biens pour les remettre plus tard aux appelés qui pourraient survenir. — Le tuteur nommé à la substitution est dans l'obligation d'accepter toutes les fois qu'il n'est pas dans un des cas d'excuse prévus au titre *De la Tutelle* (art. 1055 et 1056).

La seconde formalité exigée dans l'intérêt des appelés, c'est l'inventaire et l'estimation des meubles compris dans toute disposition faite à titre universel par acte de dernière volonté. Cette formalité doit être accomplie par le grevé ou son tuteur, en présence du tuteur à la substitution, dans les trois mois du décès du disposant ; en cas d'inexécution, le tuteur à la substitution est tenu d'y faire procéder dans le mois suivant ; et s'il ne le faisait pas dans ce délai, le droit de le requérir passerait concurremment aux appelés ou à leurs tuteurs ou curateurs, aux parents de ces appelés et au procureur impérial (articles 1058-1061).

Le grevé doit en troisième lieu faire procéder à la vente, par affiches et sur enchère, des biens meubles compris dans la substitution, à l'exception de ceux que le disposant aurait ordonné de conserver en nature, lesquels passeront aux appelés dans l'état où ils se trouveront lors de l'ouverture de la substitution. La règle ne s'applique pas, bien entendu, aux biens qui, meubles par leur nature, se trouvent immeubles par destination : ceux-là seront toujours conservés, à la charge par le grevé d'en rendre d'autres d'une égale valeur (art. 1062-1064).

La quatrième et dernière formalité, c'est l'emploi des deniers faisant partie de la disposition. Tous ceux qui existent lors de la clôture de l'inventaire doivent être placés dans les six mois suivants ; ceux qui proviennent de recouvrements postérieurs doivent l'être dans les trois mois de leur réception. Le placement, qui doit toujours avoir lieu à la diligence et en présence du tuteur à la substitution, doit, si la nature n'en a pas été indiquée par le disposant, se faire ou avec privilége sur des immeubles, ou en acquisition d'immeubles (art. 1065-1068).

§ 4. — Des mesures ordonnées dans l'intérêt des tiers.

LXXIX. — La loi impose au grevé et au tuteur à la substitution l'obligation de rendre publiques la disposition et la charge de rendre qu'elle contient, par la transcription de l'acte d'acquisition quant aux immeubles (qui n'est autre, pour les biens donnés en nature par le disposant, que l'acte même de libéralité), et quant aux sommes placées avec privilége sur des immeubles, par une inscription prise sur ces immeubles (art. 1069).

Le défaut de transcription ou d'inscription peut être invoqué contre les substitués par les créanciers du grevé et par tous ceux au profit des-

quels il aurait aliéné les biens à titre onéreux ; il ne peut jamais l'être par les donataires, légataires ou héritiers, soit du grevé, soit du disposant. Quant aux créanciers et tiers acquéreurs à titre onéreux du grevé, ils peuvent l'opposer même au substitué mineur ou interdit, sauf seulement le recours de celui-ci contre le grevé et le tuteur à l'exécution, et sans qu'il puisse se faire restituer pour l'insolvabilité du grevé ou du tuteur. Il en est ainsi lors même que les créanciers et tiers acquéreurs auraient connu la charge de rendre autrement que par la transcription ou l'inscription (art. 1070-1074).

SECTION II.

DES PARTAGES FAITS PAR DES ASCENDANTS ENTRE LEURS DESCENDANTS.

LXXX. — Dans le but de prévenir les contestations auxquelles donne si souvent lieu le partage des biens d'un défunt, la loi permet aux ascendants de faire eux-mêmes entre leurs descendants le partage de leurs biens, au moyen soit d'une donation entre-vifs, soit d'un testament (art. 1075).

Quoique l'acte dont il s'agit ici ne soit pas au fond une libéralité ordinaire, mais bien un partage, il est cependant soumis, en général, aux règles de l'acte dont il revêt la forme. Ainsi, par exemple, le père et la mère des enfants n'y pourraient pas procéder par un testament conjonctif; et quand on prendra la forme d'une donation entre-vifs, il faudra l'acceptation expresse, le dépouillement irrévocable, etc. (article 1076).

Quand ce partage anticipé s'est fait par donation entre-vifs, les copartagés, quoiqu'on eût procédé par attribution d'objets particuliers, n'en devront pas moins les dettes de l'ascendant donateur, puisque ce sera toujours le partage d'un patrimoine, et que le patrimoine n'est que l'actif diminué du passif; mais comme les donataires ne peuvent pas être ici les continuateurs de la personne, cette personne existant encore, ils ne devront donc pas ces dettes *ultra vires*, mais seulement jusqu'à concurrence des biens. Que si le partage se fait par testament, les dettes seront dues *ultra vires*, à moins d'acceptation bénéficiaire (*ibid.*).

Conformément aux principes généraux sur les partages, ceux des biens laissés au décès qui n'auraient pas été compris dans la disposition seraient partagés d'après les règles ordinaires. Que si la disposition n'appelle pas tous les enfants qui se trouvent exister au décès et accepter la succession, cette disposition est absolument nulle; et un partage nouveau peut dès lors être provoqué aussi bien par les enfants entre lesquels l'acte s'est fait que par ceux qui n'y ont pas figuré.

Si, au contraire, l'un des enfants qui figurent au partage meurt avant le disposant sans laisser de descendants, il faut distinguer si la disposition s'est faite par donation ou par testament : en cas de testament, les biens qui formaient la part de l'enfant se trouvent n'être point com-

pris dans le partage, et il y a lieu de faire pour eux un partage nouveau, comme il vient d'être dit ; en cas de donation, les biens, pourvu que l'enfant n'en ait pas disposé, reviendront à l'ascendant donateur, dans la succession duquel les autres viendront les prendre, au moyen d'un partage nouveau, lors du décès de celui-ci (art. 1077 et 1078).

Le genre de disposition dont il s'agit dans cette section n'étant point une libéralité ordinaire, mais un partage, il n'y a point à se préoccuper ici de savoir si chacun des enfants a obtenu ou non toute la part de réserve à laquelle il avait droit, mais seulement de savoir s'il y a ou non pour lui lésion de plus du quart. Du moment que l'enfant a au moins les trois quarts de sa part exacte dans les biens partagés, il n'y a pas de rescision possible, quand même il n'aurait pas sa part entière de réserve ; il y a lieu à rescision, au contraire, dès là qu'il n'a pas ses trois quarts, quand même il aurait plus que sa réserve. Il y aurait encore lieu à rescision si, par l'effet d'un don préciputaire, l'un des enfants se trouvait avoir plus que le disponible et sa part de réserve réunis. Au reste, ces deux causes de rescision disparaîtraient si, dans le premier cas, on offrait à celui qui n'a pas ses trois quarts le supplément de sa portion, et si, dans le second, l'enfant trop avantagé offrait de restituer ce qu'il se trouve avoir au delà de ce que permet la loi (art. 1079).

Au surplus, la loi présumant jusqu'à preuve contraire l'exactitude du partage, et ne voulant pas que l'enfant se porte trop facilement à en demander la rescision, elle déclare que le demandeur sera tenu d'avancer les frais de l'estimation, et que, s'il succombe, il supportera seul tous les dépens, par exception à la règle qui autorise à les compenser entre frères et sœurs (art. 1080).

TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

(Décrété le 7 février 1804. — Promulgué le 17.)

376. Rien n'est plus vicieux que la méthode suivie par les rédacteurs du Code dans la matière à laquelle nous arrivons. Ou, plutôt, on va voir qu'il y a ici absence de toute méthode.

377. On appelle *obligation* ou *engagement* (car ces deux mots sont synonymes) une nécessité juridique, un lien civil, qui astreint telle personne, spécialement, à une prestation quelconque au profit d'une autre personne.

Il y a cinq sources d'obligations : 1° les contrats, ou conventions ; 2° les quasi-contrats ; 3° les délits ; 4° les quasi-délits ; 5° la loi (articles 1101 et 1370). — Les obligations résultant d'une convention, d'un contrat, se nomment tout naturellement *conventionnelles* ou *con-*

tractuelles, pour les distinguer de celles qui découlent des quatre autres sources et se forment ainsi sans convention aucune.

Ceci posé, il est évident que, pour procéder ici avec ordre et d'une manière rationnelle, il fallait embrasser dans un seul titre toute la matière DES OBLIGATIONS considérée EN GÉNÉRAL. Dans ce titre unique, on se serait occupé séparément 1° *des sources* des obligations, dans une partie où l'on aurait d'abord traité avec le développement nécessaire des conventions ou contrats, pour passer ensuite aux quatre autres sources; puis 2° *des diverses espèces* d'obligations; 3° de leurs *effets,* etc., etc. C'est ainsi qu'avait procédé Pothier.

Les rédacteurs du Code, au contraire, ont commencé par diviser la matière des obligations (considérée en général) en deux titres, l'un pour les *Obligations conventionnelles,* l'autre pour les *Obligations qui se forment sans convention;* et, comme pour dissimuler l'unité toute naturelle de la matière qu'ils soumettaient à cette division illogique, ils ont affecté de réserver le nom d'*obligations* à celles qui résultent des conventions, en donnant aux autres le nom d'*engagements,* quoiqu'ils reconnussent bien au fond que *engagement* et *obligation, être obligé* et *être engagé,* sont complétement synonymes (art. 1108, alin. 4; 1125, 1270, 1274, alin. 2, et 1382).

C'est parce que la plupart des règles générales, tracées par notre titre pour les obligations conventionnelles, s'appliquent aussi et nécessairement aux obligations non conventionnelles, que les rédacteurs ont eu si peu de chose à dire quand ils sont arrivés à leur second titre des obligations, lequel, en effet, se compose de *dix-sept* articles, tandis que le nôtre en contient près de *trois cents!* Par la force même des choses, la presque totalité de la matière du second titre se trouvait expliquée d'avance dans le premier.

378. Si ce premier vice du système était le seul, ce serait peu dangereux. Mais l'erreur qui a produit ce premier résultat en a engendré d'autres, beaucoup plus fâcheux, et qui font de plusieurs parties de notre titre un pêle-mêle d'idées incohérentes et au milieu desquelles on ne peut se reconnaître qu'en s'attachant constamment au principe que nos rédacteurs ont perdu de vue. Ce principe, que les rédacteurs admettaient, bien entendu, mais qu'ils ont trop souvent oublié, c'est qu'autre chose est *le contrat,* qui donne naissance à l'obligation, autre chose *l'obligation conventionnelle,* qui n'est que l'effet du contrat. A chaque pas, dans notre titre, les rédacteurs ont confondu la convention, le contrat, avec l'obligation qui en découle, et cette confusion amène sous leur plume une rédaction qui jetterait beaucoup d'obscurité dans les idées si l'on n'avait pas soin de se rappeler partout la distinction qu'ils ont oubliée.

Et d'abord, la rubrique même de notre titre commence par nous dire qu'il va traiter, en général, et sans entrer dans les règles particulières, *des contrats* OU *des obligations conventionnelles,* présentant ainsi comme une seule et même chose l'obligation et le contrat qui lui donne

naissance. Il est vrai que quelques interprètes (notamment Toullier et M. Demante) ont voulu dissimuler cette rédaction en écrivant *des contrats* ET *des obligations conventionnelles*, mais il est certain que le texte officiel porte la conjonction *ou;* il n'est pas moins certain que cette conjonction a été mise à dessein, comme synonyme de *c'est-à-dire*, et pour identifier l'obligation avec la convention même, avec le contrat. Écoutons parler, au Corps législatif, M. Bigot-Préameneu, rédacteur du projet : « Législateurs, dit-il, le titre du Code ayant pour objet les contrats, ou les obligations conventionnelles, offre... » Plus loin, en parlant du premier chapitre de notre titre, qui nous présente la définition et la classification des *contrats* (art. 1101-1107), tandis que la division des *obligations* ne viendra que plus tard (ch. IV, art. 1168 et 1233), il dit que ce chapitre Ier a pour objet de *diviser* LES OBLIGATIONS *dans leurs différentes classes;* il continue en disant que « la division des *obligations*, telle que la présente ce chapitre, diffère de celle du droit romain; qu'à Rome, les *obligations* qui n'étaient point désignées spécialement dans les lois étaient appelées *contrats innomés!!!* » Quand il a terminé l'analyse de cette prétendue classification des *obligations*, il dit : « Après avoir ainsi distingué les divers genres de *contrats*... » (Fenet, t. XIII, p. 215, 218, 219 et 220.)

379. Ainsi donc, dans le langage, inouï jusque-là, des rédacteurs du Code, *contrat* et *obligation* sont des termes synonymes, qui expriment une seule et même idée; et notre titre s'occupe *des contrats*, C'EST-A-DIRE *des obligations conventionnelles*.

Les conséquences de cette incroyable confusion se feront remarquer souvent dans la rédaction du chapitre II de notre titre, mais surtout dans le chapitre III. Ce chapitre est intitulé : *De l'effet des obligations;* or, il commence par indiquer dans une première section les effets des *conventions;* il mélange ensuite, dans la section II, les effets de certaines *conventions* avec ceux de certaines obligations, et après s'être occupé des obligations seulement dans les sections III et IV, il revient à l'interprétation des *conventions* dans la section V, et à l'*effet des conventions* envers les tiers dans la section VI. Ainsi on place là, parmi les EFFETS *des obligations*, des règles relatives *aux conventions*, c'est-à-dire AUX CAUSES de ces obligations!

Et pourtant, Pothier, que nos rédacteurs copiaient, et copiaient même trop servilement parfois, offrait dans la marche de son Traité un ordre parfaitement logique. Voici son plan en quelques lignes : *Des obligations*. — *Qu'est-ce qu'une obligation* (n° 1)? — *Sources des obligations : ce sont les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits, et quelquefois la loi* (n° 2). — *Des contrats : qu'est-ce qu'un contrat? classification des contrats; de l'effet des contrats; de l'interprétation des contrats, etc.* (nos 3-112). — *Du quasi-contrat* (113-115). — *Des délits et quasi-délits* (116-122). — *De la loi* (123). Après avoir ainsi traité *des sources* des obligations, Pothier parle : *De l'objet des obligations* (129-140), — *de l'effet des obligations* (141-

172), — *des différentes espèces d'obligations* (173-456), — *de l'extinction des obligations* (457-693), — et enfin, *de la preuve des obligations et de celle de leur payement* (694-838).

On pourrait croire au premier coup d'œil que Pothier et les rédacteurs du Code se trouvent au moins d'accord pour la seconde moitié de la matière qu'ils traitent, puisque les trois dernières divisions ont de part et d'autre pour objet 1° les *différentes espèces* des obligations, 2° leur *extinction*, et 3° leur *preuve*. Mais, en y réfléchissant un peu, on comprend bientôt que le plan de nos rédacteurs, dans les deux titres qu'ils consacrent aux obligations, assigne au trois derniers chapitres de notre titre un objet différent de celui des trois dernières parties du Traité de Pothier et plus étroit que lui. Pothier, en effet, traitait de *toutes obligations* ayant une source quelconque, tandis que notre titre ne s'occupe dans ses trois derniers chapitres que *des espèces*, *de l'extinction* et *de la preuve* des OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES. Et ici reparaît encore l'inexactitude qu'entraîne après lui le système vicieux du Code; car il est bien évident que, malgré la déclaration contraire des rédacteurs, ces trois chapitres embrassent aussi, et forcément, les différentes espèces, l'extinction et la preuve, des obligations non conventionnelles. Ainsi, par exemple, est-ce qu'il n'y a d'obligations solidaires que celles qui résultent d'une convention? Est-ce que le payement n'éteint que les obligations conventionnelles? Où sont les règles sur l'extinction et la preuve des obligations conventionnelles, si elles ne sont pas dans notre titre?... Il est donc certain que, malgré sa rubrique, notre titre pose des principes généraux, qui embrassent les obligations non conventionnelles comme celles qui résultent d'un contrat.

380. Certes, quand on compare entre eux le plan si logique que nos législateurs de 1804 avaient sous les yeux, et le singulier pêle-mêle d'idées dans lequel ils se sont jetés comme à plaisir, on doit s'étonner de lire dans M. Duranton (X, n° 8) : « Cet ordre *si méthodique* et en même temps *si rationnel*, adopté par les rédacteurs de notre Code, est dû au savant et judicieux Pothier, qui, dans son *Traité des obligations*, avait tracé à nos législateurs un plan *qu'ils se sont empressés d'adopter*. »

On voit, au contraire, que nos rédacteurs ont étrangement bouleversé le plan de Pothier, qui est parfaitement innocent des fautes que l'on doit reprocher aux premiers; et l'on ne comprend pas comment M. Duranton a pu écrire, et maintenir encore dans sa dernière édition, la phrase que nous relevons ici.

Depuis nos premières éditions, M. Poujol est venu à son tour traiter cette matière des obligations; et nous avons remarqué avec peine qu'à l'exemple de nos devanciers, il ne relève aucune des nombreuses et dangereuses inexactitudes des rédacteurs, et les présente, au contraire, comme des règles parfaitement rationnelles. C'est ainsi que, voulant exposer les idées fondamentales de la matière et donner une juste idée de son ensemble, il croit, dit-il, ne pouvoir mieux atteindre son but qu'en rapportant les observations de M. Bigot-Préameneu; et il prend

en effet, pour introduction, le singulier passage dans lequel M. Bigot développe sa confusion de l'obligation avec le contrat, et nous dit entre autres choses, comme on l'a vu plus haut, que les *obligations* sans désignation spéciale dans la loi se nommaient à Rome *des contrats innomés!* Ce système de M. Poujol est appliqué par lui dans tout le cours de son travail, où les idées parfois si fausses des rédacteurs sont partout adoptées comme le seraient les principes les plus exacts.

Et non-seulement l'honorable magistrat n'a redressé aucun des faux principes des rédacteurs, mais il a été plus loin qu'eux encore, plus loin que Toullier et M. Duranton, dans cette voie si funeste à la science (*voir* l'explication de l'art. 1109).

381. En résumé, et pour indiquer ici l'objet véritable de notre titre, nous dirons :

Le titre pose des principes généraux sur les contrats d'abord, puis sur les obligations découlant soit des contrats, soit de toute autre source. — Il est divisé en six chapitres qui traitent : le premier, de la nature et de la classification des contrats ; le deuxième, des conditions nécessaires pour la formation et la validité des contrats ; le troisième, de l'effet des contrats et de l'effet des obligations (contractuelles ou non) ; le quatrième, des diverses espèces d'obligations ; le cinquième, de l'extinction des obligations ; et le sixième, de la preuve des obligations et de celle de leur payement. — Le titre suivant traite des sources d'obligations autres que le contrat.

On devine bien que nous ne donnerons le résumé de ce titre que conjointement avec celui du titre suivant, pour embrasser dans un même travail toute la matière des obligations. Mais, pour le commentaire, nous suivrons comme toujours les divisions et les articles du Code, excepté pour le chapitre III de notre titre, où il nous faudra, de toute nécessité, intervertir l'ordre des sections.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

382. Nous avons déjà dit que ce chapitre a pour objet la définition du contrat producteur d'obligations et la classification de ses diverses espèces.

1101. — Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

SOMMAIRE.

I. Ce que c'est qu'un contrat. — La définition de l'article, peu exacte déjà pour l'ancien droit, se trouve complétement insuffisante dans le système du Code. Elle ne s'applique qu'à l'une des trois espèces de contrats, au contrat produisant des obligations.

II. Ce que c'est que l'obligation. — Différence entre les obligations et les devoirs généraux. Renvoi pour une erreur de M. Troplong.

I. — 383. La définition que cet article donne du contrat, et qui lui aurait convenu (à peu près) autrefois, est profondément inexacte et beaucoup trop étroite dans le système du Code, qui a élargi singulièrement le sens du mot *contrat*, et l'a fait devenir synonyme du mot *convention*. Ceci demande quelques développements.

Toutes les fois que deux ou plusieurs personnes tombent d'accord entre elles, quel que soit l'objet de leur accord (pourvu, bien entendu, que ces personnes aient entendu faire un acte juridique), il y a dès lors union de volontés, *consensus in idem placitum;* en un mot, convention. La convention, en effet (de *venire cum*, se réunir, se rencontrer), n'est rien autre chose que l'accord des volontés. Si l'objet sur lequel on est tombé d'accord n'a rien de juridique, si, par exemple, nous nous sommes promis réciproquement que l'un de nous irait chercher l'autre pour faire une promenade ensemble, il y aura bien toujours convention, mais c'est là un acte dont la loi ne s'occupe pas et que nous n'avons pas à considérer ici : nous ne parlons, bien entendu, que de la convention juridique, de celle qui doit faire loi entre les parties (art. 1134).

Les objets possibles d'une convention varient à l'infini; mais ils rentrent tous dans un très-petit nombre de catégories. Il y en avait autrefois deux, auxquelles notre Code en a ajouté une troisième. Dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, la convention avait toujours pour objet, ou 1° de créer des obligations, ou 2° d'éteindre des obligations préexistantes. « Une convention, disait Pothier (n° 3), est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent... » Mais aujourd'hui la convention peut, en outre, avoir pour objet, et pour effet immédiat, 3° de transférer la propriété (*voy.* article 1138).

Les conventions sont donc, dans notre droit, ou 1° créatrices d'obligations, ou 2° extinctives d'obligations, ou 3° translatives de propriété ou de démembrements de propriété.

De ces trois classes de *conventions*, la première seule devrait, rigoureusement, recevoir le nom de *contrat;* car on a toujours entendu par *contracter* se lier, s'imposer un lien, se soumettre à une obligation ; en sorte que le contrat était la convention obligatoire, la convention produisant engagement. Aussi lit-on dans Pothier (*ibid.*) : « Un contrat est *une espèce* de convention... L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle *contrat.* » Mais le Code, dans le langage nouveau qu'il adopte, confond le contrat avec la convention. Pour lui, toutes les conventions sont des contrats ; et comme il confond d'ailleurs le contrat avec l'obligation qui en découle, il s'ensuit que l'*obligation*, le *contrat* et la *convention* deviennent souvent dans ses textes des expressions synonymes représentant une seule et même idée. C'est ainsi que dans les art. 1136, 1138, 1140 et 1141, nous parlerons de l'*obligation* de donner ou de livrer en propriété un objet déterminé, pour indiquer la *convention* de transférer la propriété de cet objet. C'est ainsi encore que l'art. 711 nous a parlé de

l'acquisition de la propriété *par l'effet* DES OBLIGATIONS, non pas seulement pour indiquer la *tradition* qui est bien réellement un effet et une suite de l'obligation, mais pour indiquer aussi la *convention* même.

384. Au reste, si l'identification de l'obligation avec le contrat qui lui donne naissance entraîne, comme on l'a vu, des conséquences qui ne permettent pas de l'adopter, il n'en est pas ainsi de l'identification du contrat avec la convention, et rien n'empêche de suivre sur ce dernier point la terminologie du Code. On peut, et c'est ce que nous ferons, admettre sans aucun danger que *contrat* et *convention* sont des expressions synonymes; et on aura dès lors trois classes de contrats : les contrats producteurs d'obligations, les contrats extinctifs d'obligations, et les contrats translatifs de propriété.

Mais du moment qu'on élargissait ainsi l'ancienne nature du contrat, il est clair qu'il fallait élargir aussi sa définition et lui appliquer celle qu'on ne donnait autrefois qu'à la convention. C'est ce que les rédacteurs, dans leur marche illogique et sans méthode, n'ont pas compris; et après avoir assimilé le contrat à la convention, l'espèce au genre, ils nous ont donné, dans notre chapitre, une définition et une classification ne convenant qu'à l'ancienne nature du contrat, oubliant qu'ils lui attribuaient une nature différente et beaucoup plus large. Ils ont défini et divisé l'ancien contrat, celui qui n'est plus qu'une des trois espèces de contrat actuel, le contrat producteur d'obligations.

Ainsi, c'est seulement le contrat créant des obligations, et non pas le contrat en général, que définit notre art. 1101. Encore est-il vrai de dire que la définition n'est pas très-exacte, et ne convient qu'à peu près à la chose définie; car l'article ne parle que d'obligations se formant d'un seul côté, tandis que le contrat crée souvent des obligations de part et d'autre, des obligations réciproques; la définition donnée est celle du contrat *unilatéral* (art. 1103), mais elle n'embrasse pas le contrat *bilatéral* ou *synallagmatique* (art. 1102). Pothier, lui, avait eu bien soin de dire : « Une convention par laquelle *les deux parties réciproquement, ou seulement l'une d'elles,* s'engagent... » (N° 3.)

Aujourd'hui donc, et d'après le système du Code, on appelle contrat, ou convention, l'accord arrêté entre plusieurs personnes, soit pour former une ou plusieurs obligations, soit pour éteindre ou modifier des obligations déjà existantes, soit enfin pour opérer un transport immédiat de propriété ou de droits réels quelconques.

385. Bien entendu, le contrat peut avoir à la fois plusieurs de ces objets, comme il peut n'en avoir qu'un seul. Ainsi, quand nous convenons que je vous payerai 50 000 francs et que vous me construirez une maison, notre contrat n'a pour effet que de créer deux obligations. — Quand vous me devez 300 francs que je vous ai prêtés, que de mon côté je vous dois un cheval que mon père vous a légué, et que nous convenons de nous tenir quittes réciproquement, notre contrat n'a pas d'autre effet que d'éteindre nos deux obligations. Quand deux paysans, qui se rencontrent conduisant l'un son cheval, l'autre son bœuf, les échangent à l'instant, le contrat n'a rien produit autre chose qu'un transport

réciproque de propriété. — Mais quand je vous vends ma maison pour 25 000 francs, notre contrat produit tout à la fois le transport de la propriété de la maison et deux obligations : pour moi, celle de vous mettre en possession de la maison ; pour vous, celle de m'en payer le prix. Que si, lorsque je vous dois 3 000 francs, vous convenez avec moi de me tenir quitte moyennant que je vous donne tel de mes chevaux que je ne vous livrerai cependant que dans un mois, le contrat a produit tout ensemble 1° une obligation, 2° l'extinction d'une obligation, et 3° un transport de propriété; car 1° ma dette de 3 000 francs est éteinte, 2° je suis obligé de conserver le cheval pour vous le livrer dans un mois, et 3° ce cheval est dès à présent à vous.

Ainsi, il est bien vrai que le contrat, tel que l'entend le Code, peut produire des obligations alors même qu'il en éteint d'autres ou qu'il transfère des droits réels; mais, comme il n'en produit pas toujours, que, dans le cas même où il en produit, il peut aussi produire d'autres effets, il est évident que la définition de notre article se trouve complétement inexacte. Cet article, encore une fois, et avec lui le chapitre entier, ne s'appliquent au contrat qu'en tant qu'il est productif d'obligations.

II. — 386. Quant à l'obligation, nous l'avons déjà définie en passant; mais nous devons insister ici quelque peu sur sa nature. C'est un lien juridique qui astreint une personne, spécialement déterminée, à donner, à procurer, à faire ou à ne pas faire quelque chose au profit d'une autre personne.

Donner, dans le sens technique de ce mot, *dare*, c'est transférer la propriété; et on oppose cette expression à *præstare*, qui signifie procurer, livrer, faire avoir à tout autre titre que celui de propriétaire. Mais on prend souvent le mot *donner* dans un sens générique qui embrasse l'une et l'autre idée, et c'est dans cette acception large que l'emploie notre art. 1101. Quant aux mots *faire* et *ne pas faire*, on conçoit parfaitement qu'une obligation puisse avoir pour objet l'abstention d'un fait tout aussi bien qu'un fait : si je puis m'obliger à faire votre portrait ou à vous construire une maison, je puis m'obliger aussi à ne pas planter d'arbres sur la partie de mon terrain qui se trouve devant votre avenue, à ne pas enclore la partie de mon bois qui touche au vôtre, etc.

387. Une idée plus difficile à bien saisir, c'est qu'il n'y a d'obligation proprement dite que dans la nécessité qui se trouve imposée à telle ou telle personne spécialement, et non dans celle qui serait commune à toutes personnes. Ainsi, quand vous m'avez vendu votre maison ou cédé l'usufruit de votre ferme, il est bien vrai que vous êtes tenu de ne pas venir me troubler dans la jouissance de l'immeuble; mais ce n'est pas là une *obligation* de ne pas faire. Car cette nécessité n'a rien qui vous soit personnel; elle est commune à tout le monde; elle est pour vous, comme pour les autres, la conséquence et la corrélation de mon droit réel, existant *erga omnes*. Cette nécessité générale et commune à tous, qui correspond au droit réel, forme un devoir que chacun

est sans doute tenu de respecter à l'égal d'une obligation personnelle; mais elle ne constitue pas cette obligation, qui ne consiste jamais que dans la nécessité particulière à telle personne et qui correspond au droit purement personnel, à la créance. Nous avons indiqué déjà cette idée, fort importante à saisir, en réfutant la doctrine de M. Troplong sur la prétendue nature réelle du droit des locataires d'immeubles (art. 526, n° IV).

1102. — Le contrat est *synallagmatique* ou *bilatéral* lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

1103. — Il est *unilatéral* lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement.

388. Les contrats productifs d'obligations sont bilatéraux ou unilatéraux, selon qu'ils créent des obligations de part et d'autre ou d'un côté seulement. Ainsi, quand nous convenons que vous me construirez une maison moyennant 25 000 francs, le contrat est bilatéral ou synallagmatique, puisque nous sommes obligés l'un et l'autre, vous à faire la construction, moi à vous en payer le prix. Au contraire, quand je dépose chez vous mon cheval ou que je vous charge d'un mandat que vous acceptez, le contrat est unilatéral; car il n'existe aucune obligation contre moi, vous seul êtes obligé soit à conserver et me rendre mon cheval, soit à exécuter le mandat dont vous vous êtes chargé.

Cependant beaucoup de contrats unilatéraux présentent, en regard de l'obligation actuelle imposée à l'un des contractants, une obligation à laquelle l'autre partie se trouve soumise éventuellement. Ainsi, quand vous vous obligez à conserver et à me rendre l'objet que je dépose chez vous, je m'oblige par cela même à vous rembourser les dépenses que pourrait nécessiter la conservation de cet objet; de même, en vous chargeant d'un mandat, je m'oblige à vous indemniser des déboursés que l'exécution de ce mandat pourra vous faire faire. Mais on voit que ces obligations, dont le contrat fait seulement naître l'éventualité, la possibilité, ne se réalisent que par des faits postérieurs, par l'exécution de la convention. Le contrat, que l'on appelle dans ce cas synallagmatique imparfait, est donc toujours unilatéral, et il ne serait pas soumis à la règle de l'art. 1325, qui veut que l'écrit destiné à constater un contrat synallagmatique soit fait en double original.

1104. — Il est *commutatif* lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle.

Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement certain, le contrat est *aléatoire*.

389. Cette opposition entre le contrat commutatif et le contrat aléa-

toire n'aurait dû venir qu'après les art. 1105 et 1106, qui divisent les contrats en contrats *de bienfaisance* et contrats *à titre onéreux;* car elle n'est qu'une subdivision du contrat à titre onéreux.

Le contrat est à titre onéreux lorsqu'on entend de part et d'autre s'y procurer un avantage. Si des deux côtés l'avantage est certain, le contrat est commutatif; si, au contraire, l'avantage que recherche chacune des parties, ou seulement l'une d'elles, est soumis à une chance, *alea,* le contrat est aléatoire. Ainsi, quand je vous abandonne la récolte telle quelle, que mes pommiers donneront dans trois ou quatre mois, en échange de la pêche que vous ferez cette semaine, en sorte qu'il n'y a rien de certain d'aucun côté, il y a contrat aléatoire; il en serait de même si je vous vendais la récolte future de mes pommiers pour une somme fixe de 300 francs, quoiqu'il n'y eût de chances à courir dans l'avenir que pour l'une des parties.

Il est vrai que le texte de notre article demande qu'il y ait *chance de gain ou de perte pour chacune des parties.* Mais l'art. 1964 explique que « le contrat aléatoire est celui dont les effets dépendent d'un événement incertain, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit *pour l'une ou plusieurs* d'entre elles. » D'ailleurs, alors même que la prestation de l'une des parties est immédiatement fixée, et qu'il n'y a d'incertain que son équivalent, on peut encore dire qu'il y a chance de gain ou de perte pour les deux parties, et telle paraît être la pensée des rédacteurs dans notre article. Quand, par exemple, je vous vends mon coup de filet pour 25 francs, il est clair que je perdrai à ce marché si j'amène pour 40 francs de poisson, et que j'y gagnerai, au contraire, s'il n'y en a que pour 10 ou 12 francs.

1105. — Le contrat *de bienfaisance* est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

1106. — Le contrat *à titre onéreux* est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.

390. Nous avons déjà dit que le contrat à titre onéreux, défini peu exactement par notre art. 1106, est celui dans lequel chacune des parties entend se procurer un avantage et faire une affaire intéressée. Le contrat est de bienfaisance, au contraire, quand l'une des parties rend à l'autre un service en lui procurant un avantage qui ne reçoit pas d'équivalents.

Ainsi, quand vous me prêtez votre cheval, ou que vous vous chargez d'un dépôt que je vous confie, ou que vous acceptez le mandat que je vous offre, le contrat est de votre part un acte de bienfaisance, un service gratuit. Que si, au contraire, vous stipuliez un prix pour vos services, alors le commodat, le dépôt ou le mandat se transformeraient en louage et deviendraient des contrats à titre onéreux.

Nous disons que la définition donnée par l'art. 1106 n'est pas rigoureusement exacte. Ainsi, par exemple, quand je vous dois une pièce d'huile et que vous consentez à m'en tenir quitte à condition que je

vous payerai une somme de... dans trois mois, c'est là un contrat unilatéral par lequel moi seul suis obligé, et il est bien évident cependant que ce contrat est à titre onéreux. L'article a donc tort d'exiger que le contrat assujettisse *chacune* des parties *à donner ou à faire* quelque chose.

1107. — Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.

391. Les divers contrats par lesquels les personnes peuvent s'obliger entre elles varient tellement, qu'il était bien impossible d'assigner à chacun d'eux un nom particulier. Il y aura donc chez nous, comme à Rome, des contrats *nommés* et des contrats *innomés*. Mais là s'arrête la similitude. A Rome, tout contrat qui n'était pas *nommé*, c'est-à-dire spécialement et nominativement prévu par la législation, ne pouvait pas résulter du seul consentement, du simple accord des parties (accord qui n'aurait été qu'un pacte, n'obligeant pas civilement); il ne se formait que par l'exécution du pacte, *re*, en sorte qu'il n'y avait contrat innomé que quand on se mettait dans un cas prévu par l'une de ces formules, DO *ut des*, DO *ut facias*, FACIO *ut des*, FACIO *ut facias*. Chez nous, au contraire, les contrats innomés se formeront par le seul consentement aussi bien que les contrats nommés; car chez nous il n'y a plus de pactes, et le simple accord de s'obliger crée immédiatement l'obligation et constitue le contrat.

Au reste, tandis que le contrat *nommé*, désigné par la loi, sera soumis nécessairement aux règles spéciales que le Code nous présentera plus tard, notre article ne pouvait soumettre les contrats innomés, en masse, qu'aux principes généraux auxquels notre titre est consacré; mais ceci n'empêcherait pas d'appliquer à un contrat innomé tout ou partie des règles du contrat nommé avec lequel il se trouverait avoir plus d'analogie.

392. Les contrats, en outre de leurs divisions 1° en *synallagmatiques* et *unilatéraux*, 2° en *gratuits* et *onéreux* (ces derniers se subdivisant à leur tour en *commutatifs* et *aléatoires*), et 3° en *nommés* et *innomés*, se divisent encore 4° en *principaux* et *accessoires*, et 5° en *solennels* et *non solennels*.

Un contrat est principal ou accessoire, selon qu'il peut avoir son existence propre ou qu'il ne peut se former qu'en se rattachant à un autre. La concession d'une hypothèque, par exemple, n'est qu'un contrat accessoire.

Le contrat est ou non solennel, selon que son existence légale dépend ou ne dépend pas de formalités à faire remplir par un officier public. Sans parler ici du mariage et de l'adoption, qui ne sont pas des contrats

pécuniaires, et dont notre titre dès lors ne s'occupe pas, il existe dans le Code trois contrats solennels, la donation, le contrat d'hypothèque et le contrat (pécuniaire) de mariage, lesquels ne peuvent se former que par la rédaction d'un acte notarié (art. 931, 1394 et 2127). — Les contrats solennels, ne pouvant se former qu'au moyen de l'écriture publique, sont par là même contrats littéraux. Ce sont au surplus les seuls; car si, dans certains cas, un texte spécial exige un écrit quand l'objet du contrat dépasse 150 francs, c'est seulement pour la preuve de ce contrat, et non pour sa validité (art. 1341, 1834 et 2044).

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

1108. — Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige;

Sa capacité de contracter;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;

Une cause licite dans l'obligation.

SOMMAIRE.

I. Ces conditions sont essentielles, non pour l'existence du contrat, mais pour sa validité.

II. *Première condition :* Accord des volontés. — De la pollicitation. L'acceptation de la seconde partie n'a pas besoin d'être connue de la première pour que le contrat se forme : dissentiment avec Merlin, Toullier, etc.

III. *Deuxième condition :* Capacité légale de la partie qui s'oblige. L'état de celui qui est privé de sa raison ne constitue pas une simple incapacité légale, mais une absence de volonté qui empêche le contrat de se former : critique de M. Zachariæ.

IV. *Troisième condition :* Un objet de l'obligation, licite, et suffisamment déterminé.

V. *Quatrième condition :* Une cause licite de cette obligation.

VI. Une cinquième condition est nécessaire dans certains cas.

I. — 393. Cet article nous indique les conditions essentielles, les éléments indispensables, non pas pour l'*existence* d'une convention, mais pour sa validité. Ici, comme pour les demandes en nullité de mariage (art. 180), comme pour l'action en nullité des conventions (article 1304), la loi ne s'occupe point des cas où le contrat n'existe pas, mais seulement des cas où ce contrat est affecté d'un vice qui peut le faire annuler.

On a donc eu tort de critiquer le mot *essentielles* employé par notre article et par la rubrique de notre chapitre. « Les conditions exigées, a-t-on dit, ne sont pas toutes essentielles; car, malgré l'incapacité d'une partie, par exemple, le contrat se formerait également. Il se formerait si bien, qu'il serait inattaquable pour l'autre partie (art. 1125), et le deviendrait même pour la partie incapable après dix ans depuis la cessation de son incapacité (art. 1304)... » Sans doute la capacité n'est

pas essentielle pour la formation du contrat, mais elle l'est pour sa validité; et c'est des conditions essentielles *pour la validité* que parlent notre rubrique et le texte de notre article. Il n'y a donc aucun reproche à faire sous ce rapport à la rédaction du Code.

Au reste, en ne s'occupant que des contrats vicieux, et non pas de ceux qui n'existent point, en énumérant les éléments essentiels à la validité du contrat, la loi nous indique aussi, et forcément, celles de ces conditions qui sont indispensables pour la formation même du contrat. Tel est le consentement, sans lequel la convention ne saurait évidemment exister.

Les conditions essentielles à la validité du contrat, et parmi lesquelles se trouvent dès lors celles qui sont essentielles à son existence même, sont au nombre de quatre.

II. — 394. La loi demande d'abord *le consentement de la partie qui s'oblige,* c'est-à-dire son assentiment à la volonté précédemment manifestée par l'autre partie. Le mot *consentement,* en effet, suppose une volonté première avec laquelle vient s'accorder la volonté de celui qui consent. On ne consent pas seul... — Toutefois, la rédaction de la loi est ici peu exacte. Car, d'un côté, l'article semblerait dire qu'une seule partie s'obligera, tandis qu'il fallait prévoir également le cas tout aussi fréquent d'obligations réciproques, dé contrats synallagmatiques. Et puis, dans le cas même de contrat unilatéral, ce n'est pas toujours la partie qui s'oblige seule qui viendra consentir à la proposition de l'autre : cette proposition pourra bien être faite par la partie qui doit s'obliger; et ce sera l'autre alors qui donnera son consentement. Il fallait donc demander, d'une manière plus générale, *le consentement des parties.*

La proposition de celui qui offre de s'obliger, tant qu'elle n'est pas acceptée par l'autre partie, se nomme ordinairement *pollicitation* (de *polliceri,* promettre). Cette pollicitation, tant que l'acceptation de l'autre partie ne vient pas s'y joindre, ne produit aucun effet et peut toujours être révoquée (art. 1212, alin. 3, et 1261). Au contraire, dès que l'assentiment de la seconde partie se manifeste et vient s'unir, à quelque époque que ce soit, à l'offre faite par la première, pourvu que ce soit à un moment où celle-ci est encore vivante et en état de consentir, le contrat se forme, l'obligation existe, et la pollicitation ne peut plus être retirée. Il est évident aussi que, si le proposant avait accordé à l'autre partie un délai pour accepter, il ne pourrait pas révoquer ses offres avant l'expiration de ce délai; et qu'au contraire, s'il avait déclaré n'offrir qu'à la condition que l'acceptation se fera dans tel délai, les offres seraient révoquées *ipso facto* par l'échéance de ce délai.

395. Tout ceci est sans difficulté; mais c'est un point très-controversé que de savoir s'il suffit, pour la formation du contrat, que les offres soient acceptées en temps utile, ou s'il faut que l'acceptation soit parvenue à la connaissance du proposant. C'est surtout dans les ventes par correspondance que la question se présente.

On dit, d'une part, qu'un consentement *retentum in mente,* une vo-

lonté qui n'est pas connue, est en droit comme n'existant pas (1); mais on répond que la volonté n'est plus *in mente retenta* du moment qu'elle est exprimée, manifestée au dehors, et quoique sa manifestation ne soit pas encore parvenue à l'autre partie (2); et telle est notre opinion. S'il fallait attendre que le proposant connût la volonté de l'acceptant, il faudrait exiger aussi, pour être conséquent, que cet acceptant sût à son tour que sa volonté est arrivée à la connaissance du proposant avant que celui-ci eût révoqué la sienne; car, jusque-là, cet acceptant pourrait dire, d'après le même principe, qu'il ne savait pas si le contrat était ou non formé, et qu'on ne peut pas se trouver lié par un contrat à son insu. Où s'arrêterait-on dans cette nécessité, pour chaque partie, de connaître la pensée actuelle de l'autre? Sans doute une volonté *retenta in mente* est, en droit, comme n'existant pas; mais nous supposons ici, de part et d'autre, une volonté exprimée, mise au dehors. Tant que la volonté manifestée par le proposant n'est pas retirée par lui, elle subsiste donc; et du moment que celle de l'acceptant se manifeste à son tour, les deux volontés coexistent, il y a contrat. — La règle différente portée par l'art. 932 pour les donations est évidemment, comme la plupart des règles de la même matière, une exception qu'on ne saurait généraliser. Encore avons-nous vu que le défaut de notification ne nuit à la perfection du contrat que quant au donateur; c'est toujours par l'acceptation même du donataire que le contrat se forme; il est seulement résoluble par la révocation que ferait le donateur.

III. — 396. La seconde condition nécessaire pour la validité du contrat, c'est la capacité de la partie qui s'oblige.

Ici, c'est bien chez la seule partie qui s'oblige que la condition est exigée; car celle qui ne s'oblige pas n'a pas besoin d'être capable de s'obliger : l'incapable, pourvu qu'il soit d'ailleurs en état de consentir et qu'il consente, peut toujours obliger les autres à son profit, stipuler et rendre ainsi sa condition meilleure. Et alors même qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, et que l'incapable envers lequel vous vous obligez s'oblige lui-même envers vous, le contrat, quoique vicieux, ne peut pas être critiqué par vous; l'incapacité n'est établie qu'au profit de l'incapable, et lui seul peut en argumenter, en sorte qu'il est libre de faire annuler la convention ou d'en exiger l'exécution (art. 1125).

397. Il ne faut pas confondre l'incapacité purement légale de contracter, la seule dont il s'agisse ici, avec l'incapacité naturelle de consentir, qui rentrerait évidemment dans la première condition. Ainsi, la femme mariée qui, sans l'autorisation de son mari ou de la justice, est incapable de contracter, est évidemment, en fait, bien capable de consentir. Il en est de même d'un jeune homme de dix-neuf ou vingt ans, qui, bien qu'il soit parfaitement en état de comprendre ce qu'il fait, est cependant, en droit, et parce qu'il est encore en tutelle, incapable de

(1) Merlin (*Rép.*, v° Vente, § 1, art. 3); Toullier (VI, 29); Pardessus (*Dr. comm.*, I, 250); Delvincourt, Troplong (*Vente*, n° 25).
(2) Duranton (XVI, 45); Duvergier (*Vente*, I, 58); Zachariæ (II, p. 465); Championnière et Rigaud (I, 189).

contracter aucune obligation... La capacité de contracter n'est exigée que pour la validité de la convention, non pour sa formation ; et son absence donne seulement lieu à une annulation qu'on ne peut demander que pendant dix ans, à partir de la cessation de l'incapacité. Au contraire, la capacité de consentir est forcément essentielle à l'existence même du contrat ; son absence produisant nécessairement absence de consentement et dès lors absence de convention, il est palpable qu'il n'y aurait pas lieu de faire briser dans un certain délai un contrat qui n'existe pas. Ainsi, qu'un jeune enfant, un fou, un homme ivre au point de n'avoir plus sa raison, un malade en délire, signe un acte de vente, il est clair qu'il n'y a rien de fait, et que le prétendu contrat se trouve radicalement et éternellement nul.

Cependant l'ivresse, d'après Toullier (VI, 112), et non-seulement l'ivresse ou le délire, mais même la folie, d'après M. Zachariæ (II, p. 467), ne seraient que des cas de simple incapacité, n'empêchant pas le contrat d'exister et permettant seulement de le faire annuler. Dans cette étrange doctrine, l'acte d'un fou ne serait jamais nul ; et bien mieux, s'il est annulable, ce ne serait pas précisément par l'effet de la folie, mais seulement par l'effet de la sentence d'interdiction. Mais un tel système est évidemment insoutenable et se contredit lui-même. Car si la folie, au lieu de produire une nullité radicale pour absence de consentement, ne produisait même la simple annulabilité que par la force de l'interdiction, le délire et l'ivresse ne pouvant pas avoir plus d'effet, et ne permettant pas d'ailleurs de prononcer une interdiction, laisseraient au contrat non-seulement son existence, mais même sa pleine validité. Il faut donc de deux choses l'une, ou déclarer valables les conventions faites dans le délire ou l'ivresse qui enlèveraient à la personne l'usage de sa raison, ou les déclarer radicalement nulles pour défaut de consentement. Or, personne n'oserait soutenir la première idée, et la seconde est d'une vérité évidente, puisque la convention est le consentement même (1).

IV. — 398. Notre article exige, en troisième lieu, *un objet certain* pour matière de l'engagement, de l'obligation. Ce troisième élément, comme le premier, est, par la force même des choses, indispensable pour l'existence même de la convention ; car l'esprit ne saurait concevoir une obligation sans objet : quand on s'oblige, on s'oblige nécessairement à quelque chose. Mais la loi ne demande pas seulement que l'obligation ait un objet, elle veut que cet objet soit *certain*.

Le sens vague de cette expression se trouve expliqué par l'art. 1129, qui nous dit que l'objet de l'obligation doit être déterminé, au moins quant à son espèce, et que si la quotité de la chose qui forme cet objet peut être incertaine, il faut du moins qu'elle puisse être déterminée. Ainsi, quand je m'oblige à vous livrer *un animal,* l'objet de l'o-

---

(1) *Voy.* Pothier (n°s 3, 49 et 51); Duranton (X, 103); Larombière (sur l'art. 1124, n° 14) ; Massé et Vergé (III, § 613) ; Aubry et Rau (III, p. 208 et 209) ; *Dict. not.* (v° Ivresse, n°s 13 et suiv.) ; Angers, 12 déc. 1823; Rennes, 14 juill. 1849 (Dev., 50, II, 36; *J. Pal.,* 49, II, 197) ; Toulouse, 25 juill. 1863 (Dev., 64, II, 187).

bligation n'étant déterminé ni dans son individu, ni dans son espèce, il n'y aura pas de contrat. Et en effet, m'obliger à vous livrer *un animal,* ce n'est pas m'obliger sérieusement, c'est faire une plaisanterie, puisque je pourrais vous livrer une mouche, un vermisseau, un objet de nulle valeur. Il en serait de même si je m'obligeais à faire pour vous *quelque chose...* Mais si, au lieu d'indiquer ainsi un genre tellement large que je ne sois en rien lié ni gêné, j'ai précisé ou l'individu ou du moins l'espèce; si je vous ai promis tel cheval ou seulement *un cheval* propre à tel service (service qui est indiqué, sinon par les termes de la convention, du moins par votre position même), l'objet est limité de manière à ce que le lien soit sérieux, et l'obligation se forme. De même, quand je m'oblige à vous fournir *du pain* sans que rien détermine autrement cette idée, il n'y a pas d'obligation; mais si je dois vous donner du pain pour votre nourriture pendant trois mois, la quotité qui n'est pas déterminée pouvant l'être facilement, l'obligation est valable.

Ainsi donc, notre article, en exigeant *un objet certain,* entend un objet suffisamment déterminé pour que le débiteur soit sérieusement lié, un objet dont la valeur ou le produit sont suffisamment fixés et assurés pour que ce débiteur ne puisse pas les réduire à rien.

399. Quoique notre article demande seulement que l'objet de l'obligation soit certain, c'est-à-dire suffisamment déterminé pour lier réellement celui qui s'oblige, il est clair que cela ne suffirait pas et que cet objet doit aussi n'avoir rien d'illicite. Si je promets, moyennant une somme de..., de tuer telle personne, il est bien évident que ma prétendue obligation, quoiqu'elle ait un objet parfaitement déterminé, est cependant nulle radicalement et sans aucune existence, faute d'un objet licite. Il est palpable que les attentats à la vie, à l'honneur des personnes, que des délits quelconques, ne peuvent pas être la matière d'une stipulation : ce ne sont pas là des choses tombant dans le commerce; or, l'art. 1128 déclare que les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent pas être l'objet des conventions.

V. — 400. Le quatrième et dernier élément nécessaire, c'est une cause licite de l'obligation. Nous avons eu déjà l'occasion de dire qu'il ne faut pas entendre par *cause de l'obligation,* dans le langage du droit, ce qu'on appellerait la cause du contrat, ou même aussi la cause de l'obligation, dans le langage ordinaire... Quand je vous vends ma ferme, la cause du contrat, ou de mon obligation, si l'on veut, le motif qui m'a déterminé à m'engager, ce sera tantôt la nécessité où je me trouve de payer des sommes considérables, tantôt le projet d'acquérir des rentes ou des maisons en remplacement de mes terres, afin d'augmenter mon revenu, tantôt de doter ma fille. Mais, en droit, ces motifs premiers ne sont pas à considérer; et c'est seulement le motif dernier et immédiat de l'obligation qui constitue sa cause juridique : quand je m'oblige à vous livrer ma ferme, mon motif immédiat, la cause juridique de mon obligation, c'est l'obligation que vous-même contractez de me payer une somme d'argent, quel que soit l'emploi auquel je des-

tine cette somme. De même, quand je consens à vous livrer ma maison de Paris, en échange de votre terrain d'Auteuil, il importe peu que je me propose de faire de ce terrain un vignoble, ou d'y construire une maison de plaisance que j'habiterai, ou d'y élever une construction propre à recevoir des locataires ; peu importent, enfin, les motifs qui m'ont fait agir : dans tous les cas, c'est uniquement l'obligation que vous prenez de me livrer ce terrain qui forme la cause de mon obligation de vous livrer ma maison.

Dans les contrats synallagmatiques, c'est toujours l'obligation d'une partie qui est la cause de l'obligation de l'autre : la *cause* de chaque obligation est alors le désir d'obtenir ce qui fait l'*objet* de l'autre obligation. — Quand le contrat est unilatéral, qu'une seule obligation est contractée, l'obligation, si elle est néanmoins à titre onéreux, trouve sa cause dans l'obtention de l'avantage quelconque procuré par l'autre partie ; que si cette obligation unique est prise gratuitement, sa cause est dans le désir d'une partie de rendre service à l'autre.

401. La loi ne demande pas que la cause première qui, en fait, a déterminé la partie à contracter ait tel ou tel caractère, elle ne s'en occupe pas ; c'est seulement dans la cause immédiate de l'obligation qu'elle exige qu'il n'y ait rien d'illicite. Ainsi, quand je m'oblige à vous livrer mon champ pour une somme de 10000 francs que je me procure dans l'unique but de faire commettre un crime, mon obligation envers vous n'en est pas moins valable et je ne pourrais pas refuser de vous livrer le champ que je vous ai vendu. Mais quand je promettrai ensuite à Pierre de lui payer les 10000 francs pour prix du crime qu'il me promet d'accomplir, c'est alors que mon obligation sera nulle pour défaut de cause licite, comme la sienne le serait pour défaut d'objet licite ; et aucun de nous ne pourrait contraindre l'autre à l'exécution.

VI. — 402. La loi ne déclare nécessaires que les quatre conditions que nous venons d'expliquer, parce qu'en effet elles sont les seules indispensables en principe et pour les contrats ordinaires. Mais on sait que, par exception, un cinquième élément est nécessaire dans les trois contrats littéraux et solennels. La rédaction par écrit, dans ce cas, n'est pas exigée seulement pour la preuve de la convention, elle devient une condition essentielle à son existence légale, et doit, au surplus, être accompagnée des autres formalités voulues (art. 1107, *in fine*).

SECTION PREMIÈRE.

DU CONSENTEMENT.

1109. — Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

SOMMAIRE.

I. Il ne s'agit pas ici du cas où le consentement n'existe pas, mais de celui où il est vicieux et peut être révoqué. Inexactitude de Toullier et de M. Duranton ; erreur de M. Poujol.

II. Le dol n'est pas précisément un vice du consentement, et, au contraire, la lésion en est un : pourquoi l'article n'en parle pas. Division de la section.

I. — 403. Cet article prouve bien ce que nous avons déjà dit plusieurs fois et ce que les commentateurs ont trop souvent oublié, qu'il ne s'agit pas ici du défaut de consentement, mais seulement des cas où le consentement, réellement donné, se trouve affecté d'un vice qui permet de le faire révoquer et de faire briser le contrat. C'est évident, puisque la loi parle d'un consentement qui n'est *pas valable,* vu qu'il *a été donné* par l'effet de l'erreur, de la violence ou du dol... Si le consentement *a été donné* (par quelque cause que ce soit), il existe donc; et il faut bien qu'il existe, en effet, pour qu'il y ait lieu de se demander s'il est ou n'est pas valable... D'ailleurs, si le consentement n'existait pas, le contrat ne se serait pas formé, l'obligation ne serait pas née, et par conséquent il ne pourrait pas être question de faire annuler le contrat et d'éteindre l'obligation. Or, la loi nous dira plus loin que l'action en nullité pour erreur, violence ou dol, est une des causes d'*extinction* de l'obligation, et que si cette action n'est pas intentée dans les dix ans, le contrat et l'obligation qu'il a fait naître continuent de subsister (art. 1234 et 1304).

Si donc je me plaignais d'une erreur ou d'une violence vraiment exclusives du consentement; si, alors que vous entendiez me vendre votre maison d'Auteuil, j'avais compris votre maison de Paris; ou si la violence dont j'ai été victime avait consisté à conduire ma main de vive force pour former ma signature sans aucune participation de ma volonté, ce ne serait plus là le cas que prévoient nos articles. Il y aurait alors absence de consentement, absence de contrat; or, notre article, encore une fois, ne parle et ne devait parler que du cas où le consentement *a été donné,* mais donné dans des circonstances qui permettent de le faire annuler.

404. Il est étrange assurément qu'une théorie si simple, si profondément écrite dans la nature même des choses, si nettement indiquée par notre art. 1109 et par les art. 1117 et 1234, si clairement exposée par Pothier et même dans les travaux préparatoires du Code, ait été si peu comprise jusqu'ici par la plupart des interprètes, notamment en ce qui touche la violence, et que nous soyons forcé de donner ici un nouveau développement à des vérités si évidentes.

Expliquée d'une manière inexacte par Toullier (VI, 76) et M. Duranton (X, 138 et 139), qui présentent nos articles comme s'appliquant aussi bien à la violence qui exclurait le consentement qu'à celle qui le vicie seulement, passée sous silence par Delvincourt et M. Zachariæ, la théorie de la violence avait été exposée si nettement (sans parler de Pothier) par M. Demante (II, 535) et par nous-même, que toute contradiction sur ce point paraissait désormais impossible. Il en est autrement cependant; et M. Poujol, le seul auteur qui ait traité cette matière depuis nos premières éditions, commence son commentaire des articles 1111 et 1112 par poser en principe que : « Le consentement

n'est pas réel, s'il est le résultat de la violence... Dès qu'il y a vioenlce, il y a *défaut de volonté.* » Et il appuie ce prétendu principe par cette prétendue citation : *voluntas coacta non est voluntas.*

Or, la phrase que M. Poujol est censé citer, et qui est tirée de la glose de la loi 21, § 5, au titre *Quod metus causâ,* dit, au contraire, *voluntas coacta* EST VOLUNTAS. Et en effet, dire que la volonté provient de telle source, qu'elle a telle qualité, c'est dire que la volonté existe : *quamvis, si liberum esse noluissem,* disait cette loi, *tamen coactus volui.* Choisir entre deux choses dont on ne voulait d'abord aucune, et se décider enfin pour la moins fâcheuse des deux, c'est faire acte de sa volonté, *qui mavult vult.* « Il n'y a pas de consentement *valable,* dit à son tour le Rapport au Tribunat, si ce consentement n'a été donné que par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol. Mais celui qui prétend avoir été forcé, trompé ou surpris, doit le prouver : sinon *l'engagement reste dans toute sa force.* » (Fenet, t. XIII, p. 369.)

Et en effet, s'il n'y avait pas de volonté, il n'y aurait pas de contrat, pas d'obligation ; et dès lors, comment pourrait-on parler de faire cesser cette obligation, d'annuler ce contrat ? comment ce contrat et cette obligation se trouveraient-ils inattaquables après un certain laps de temps ?... Il est pénible d'avoir à relever de pareilles doctrines dans des ouvrages récents, qui auraient dû profiter et des vérités et des erreurs mêmes que contiennent les plus anciens.

Encore une fois, dans les cas prévus par nos articles, le consentement existe, le contrat se forme. Seulement, comme ce consentement provient d'une source que la loi ne doit pas sanctionner, il est loisible à l'obligé de faire révoquer ce consentement, de faire annuler le contrat.

II. — 405. La loi nous présente, comme pouvant rendre le consentement insuffisant, trois causes diverses : l'erreur, la violence, le dol. Mais nous verrons que la loi, au fond, ne regarde pas le dol comme un vice proprement dit du consentement, affectant réellement le contrat, mais plutôt comme une cause donnant lieu à une obligation personnelle de dommages-intérêts ; en sorte que c'est un vice purement relatif (art. 1116). Nous verrons, en outre, qu'un autre vice réel et absolu du consentement se trouve dans la lésion (art. 1118) ; et que si notre article ne l'indique pas, c'est parce que cette quatrième cause d'annulation n'est pas admise en principe général, mais seulement dans certains cas exceptionnels.

Nous aurons encore à expliquer, pour terminer la section, quatre articles auxquels des traditions mal comprises ont donné naissance et qui sont plus dangereux qu'utiles dans la loi. Ces dispositions, que le Code aurait mieux fait de supprimer, ne sont pas d'ailleurs bien placées dans notre matière, puisqu'il s'agit ici des contrats que l'on peut faire annuler pour quelque vice du consentement, tandis que les dispositions dont nous parlons se réfèrent à deux cas dans lesquels le contrat ne se forme pas, tantôt pour absence complète du consentement, tantôt pour absence d'un objet qui soit de quelque intérêt au créancier.

Occupons-nous d'abord des quatre cas d'erreur, de violence, de dol et de lésion. Nous étudierons ensuite, dans un cinquième et dernier paragraphe, les articles dont nous venons de parler.

§ 1er. — De l'erreur.

1110. — L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

SOMMAIRE.

I. L'erreur empêche le contrat de se former quand elle tombe sur la nature ou sur l'objet de ce contrat; elle est indifférente quand elle ne tombe que sur le motif.

II. Elle est une cause d'annulation quand elle porte sur les qualités substantielles ou sur la personne avec laquelle et en considération de laquelle on a contracté.

III. Inconvénient de cette disposition; remède qu'on y trouve dans la loi.

I. — 406. L'erreur dans laquelle je me trouve en contractant peut porter ou 1° sur la nature du contrat que je crois faire, ou 2° sur le motif qui me détermine à contracter, ou 3° sur l'objet du contrat, ou 4° sur les qualités de cet objet, ou enfin 5° sur la personne avec laquelle je contracte.

Quand l'erreur tombe sur la nature du contrat; quand, par exemple, faute d'avoir bien expliqué notre pensée, vous avez cru me louer votre cheval, et que moi j'ai cru vous l'acheter, alors il n'y a pas de contrat. Il est clair, en effet, que nous ne nous sommes pas entendus, qu'il n'y a pas eu entre nous accord d'idées, rencontre des volontés, *consensus in idem placitum*. Il n'y a donc pas de convention; et comme la loi ne s'occupe ici que des cas où le contrat existe et peut être brisé, elle n'a pas dû parler de cette espèce d'erreur.

Quand l'erreur ne porte que sur le motif du contrat; par exemple, quand j'ai acheté votre cheval parce que je croyais que le mien était mort, tandis qu'il est encore vivant et en état de me servir, la convention n'en est pas moins valable, puisque la loi ne s'occupe jamais des motifs qui ont déterminé les contractants.

Si l'erreur tombait sur l'objet du contrat, *in ipso corpore rei;* si, par exemple, vous entendiez me vendre votre cheval blanc, tandis que j'entendais vous acheter votre cheval noir, il est évident encore qu'il n'y a pas de contrat et que notre article n'avait pas à s'occuper de ce cas.

II. — 407. Aussi n'est-ce pas cette circonstance que prévoit l'article quand il parle de l'erreur *sur la substance de la chose*. Il est vrai qu'en philosophie on entend par *substance* de la chose, la chose elle-

même dans ce qu'elle a de plus intime, cette matière fondamentale et inaccessible aux sens, qui supporte les qualités, les modes, *quod* STAT SUB *modis,* SUB-STANTIA ; mais tel n'est pas le langage du droit. La loi ne considérant les choses que du point de vue de leur utilité pour l'homme, elle entend, par substance de ces choses, l'ensemble de leurs qualités principales. Aussi Pothier, dont les rédacteurs du Code ont constamment suivi les idées dans notre titre, nous dit-il (n° 18) que « l'erreur annule la convention... lorsqu'elle tombe *sur la qualité* de la chose *que les contractants ont eue principalement en vue,* et qui fait *la substance même de la chose.* »

Mais comment distinguera-t-on les qualités principales, substantielles, des qualités purement accessoires et accidentelles? La ligne de démarcation est indispensable à saisir; car notre article n'accorde l'annulation que pour les premières et la refuse pour les secondes; l'erreur, dit-il, *n'est* une cause de nullité *que* lorsqu'elle tombe *sur la substance même* de la chose. Où sera donc la ligne séparative?... On doit, selon nous, entendre par qualité substantielle toute qualité qui, n'étant pas susceptible de plus ou de moins, fait passer l'objet dans telle espèce ou dans telle autre espèce, selon que cette qualité existe ou n'existe pas. — Ainsi j'ai cru acheter des chandeliers d'or, et ces chandeliers sont de cuivre; un cheval arabe, et ce cheval est normand; un tableau de Raphaël, une médaille antique, un meuble de Boule, et l'objet n'est qu'une imitation : dans ces cas et autres semblables, le contrat peut être annulé d'après notre article. Il s'agit là, en effet, de qualités qui, bien qu'elles ne soient que des qualités, font cependant que l'objet est telle chose et non telle autre chose, qui le classent nécessairement et absolument dans telle espèce parfaitement déterminée et distincte de toute autre espèce. Un tableau est de Raphaël ou n'est pas de lui, un cheval est arabe ou ne l'est pas; ceci est absolu et n'admet pas de plus ou de moins. — Au contraire, si j'ai cru qu'un livre était excellent et qu'il soit médiocre, qu'un cheval était rapide à la course et qu'il soit mauvais coureur, les qualités sur lesquelles tombe alors l'erreur n'ont rien de substantiel, puisque, mises en regard des qualités opposées, on ne voit entre elles qu'une simple différence du plus au moins (1).

408. Quant à l'erreur sur la personne avec laquelle on a contracté, notre second alinéa déclare qu'elle ne sera une cause d'annulation que quand la convention aura été faite principalement en considération de la personne avec laquelle on a cru contracter. Ainsi, je viens commander un portrait à un peintre que je prends pour M. Melotte, parce qu'il habite l'appartement que celui-ci occupait; ou bien je prête sans balancer une forte somme d'argent à un voisin qui vient me la demander,

(1) Est nulle, pour erreur sur la substance de la chose, la vente de la nue propriété, lorsque avant cette vente l'usufruit avait pris fin par la mort de l'usufruitier ignorée des parties. Paris, 13 déc. 1856 (Dev., 57, II, 3; Dall., 57, II, 73); Cass., 8 mars 1858 (Dev., 59, I, 238; Dall., 58, I, 277). *Voy.* aussi Cass., 13 janv. 1864 (Dev., 64, I, 93; Dall., 64, I, 162).

parce que je le prends pour tel propriétaire très-riche, tandis que c'est seulement son frère, qui ne possède rien : en pareil cas, je pourrai faire annuler ma convention.

III. — 409. Remarquons bien qu'en permettant de faire annuler la convention pour erreur sur les qualités substantielles de la chose, ou sur la personne en considération de laquelle on a contracté, la loi suppose que la volonté qu'avait une partie d'obtenir une chose de telle espèce, ou de ne contracter qu'avec telle personne, n'a pas été manifestée à l'autre partie. Car si ma volonté à cet égard avait été connue de la personne avec laquelle j'ai contracté, si j'avais fait connaître à cette personne l'erreur dans laquelle j'étais, ce ne serait plus le cas d'annulation pour erreur. Ainsi, quand je marchande chez vous un tableau, et que j'ai soin de vous dire que je ne veux acheter qu'un Raphaël, et que c'est comme œuvre de Raphaël que je prends cette toile, il est bien impossible qu'il y ait lieu à l'annulation pour erreur. En effet, si, sachant bien que le tableau n'est pas de Raphaël, vous m'affirmez cependant qu'il est de lui, et que je l'achète en conséquence, il est clair que vous m'avez trompé, et que je puis faire annuler le contrat pour dol, d'après l'art. 1116. Et il est si vrai que ce n'est plus notre article qui régit ce cas, que, quand même l'erreur n'aurait porté que sur une qualité purement accidentelle, l'art. 1116 m'autoriserait encore à faire annuler. — Que si, étant vous-même dans l'erreur, vous m'avez dit de bonne foi que le tableau était de Raphaël et que vous me le vendiez comme tel, il est clair que le contrat a été soumis implicitement à cette condition, « si le tableau est de Raphaël », et cette condition n'existant pas, le contrat ne s'est jamais formé. Ici encore le résultat serait le même pour une qualité accidentelle que pour une qualité substantielle. — Que si, enfin, vous me déclarez franchement ne pas connaître l'auteur du tableau et me le vendre pour ce qu'il est, c'est à moi d'accepter ou de refuser; et il est clair que, si je forme le contrat, je ne pourrai pas prétexter ensuite de mon erreur. — C'est donc uniquement pour le cas où je n'ai pas exprimé la pensée inexacte dans laquelle je me trouvais, que notre article admet l'annulation pour erreur (1).

Ceci compris, il est peut-être difficile de justifier la disposition de notre article... Lorsque vous êtes venu m'acheter un cheval que vous pensiez de telle race, mais que vous ne m'avez pas dit un mot de cette circonstance; lorsque vous m'avez fait faire un portrait en me prenant pour un autre peintre, mais sans me dire le nom de ce peintre pour

(1) Jugé que l'erreur sur l'auteur d'un tableau n'est pas à elle seule, et en l'absence de toutes manœuvres frauduleuses, une cause de nullité ou résiliation des marchés dont ce tableau a été l'objet, et cela quand même le nom de l'auteur prétendu se serait trouvé faussement inscrit au bas du tableau; l'erreur produite par la fausseté de cette signature ne constitue pas une erreur sur la substance de la chose. Jug. Seine, 28 janv. 1848 (Dev., 48, II, 99). Mais il en est autrement lorsque le nom de l'auteur a été la cause déterminante de l'achat. Paris, 9 janv. 1849, 29 mars 1856 (Dev., 49, II, 80; 56, II, 204; Dall., 49, II, 67; 56, II, 175). *Voy.* aussi Douai, 27 mai 1846 (Dev., 46, II, 501; Dall., 46, II, 509).

lequel vous me preniez, est-il juste de récompenser votre étourderie par l'annulation d'un contrat dans lequel je n'ai eu rien à me reprocher?...

L'inconvénient, au reste, n'est pas sans remède. — Les magistrats, d'abord, ne pourront prononcer la nullité qu'autant que l'erreur sera bien établie; et la preuve de cette erreur sera ordinairement bien difficile. — D'un autre côté, alors même que l'erreur sera constante, l'autre partie pourra toujours, en vertu des art. 1382 et 1383, se faire indemniser du tort qu'elle éprouve.

§ 2. — De la violence, ou plutôt de la crainte.

1111. — La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite.

410. La violence exercée contre une personne pour la forcer à contracter, ou plutôt la crainte des violences ou des dangers quelconques dont on la menace pour le cas où elle refuserait, est une cause d'annulation de la convention consentie par elle sous une telle influence. Nous disons qu'il s'agit plutôt de la crainte de violences à venir que de l'effet de violences déjà exercées. Il est clair, en effet, que si je me décide à signer contre mon gré un acte que je regarde comme un mal pour moi, c'est pour échapper à un mal qui me paraît plus grand. Or, je n'aurais pas à me soustraire à ce mal s'il était entièrement passé; et dès lors, les violences que je pourrais avoir déjà subies au moment où je consens n'agiront sur moi qu'en m'en faisant craindre d'autres. Dans tous les cas, c'est la *crainte* d'un mal *futur* qui déterminera la volonté; et l'article suivant fait comprendre la mauvaise rédaction du nôtre, quand il dit que la violence consiste dans tout ce qui peut imprimer au contractant *la crainte d'exposer* sa personne ou sa fortune à un mal considérable.

La crainte d'un mal considérable, imprimée à une personne pour lui arracher son consentement, ne lui laissant pas sa liberté de volonté et la réduisant à choisir entre deux maux, le consentement qu'elle donne alors n'est donc pas plein et entier, et il est juste dès lors de permettre à cette personne de faire révoquer sa convention pour insuffisance du consentement donné. Et il importe peu, on le conçoit, que la crainte ait été imprimée par la partie avec laquelle on a contracté, ou par un tiers étranger au contrat et à l'insu de cette partie : dans les deux cas, la crainte a produit le même effet; dans les deux cas, la volonté n'a pas été libre, le consentement n'a pas été complet (1).

---

(1) La violence ne vicie les contrats qu'autant qu'elle a été la cause déterminante de l'engagement et que le consentement a été extorqué sous son influence directe et décisive. Dijon, 24 mai 1865 (Dev., 66, II, 64).

1112. — Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

411. Ce texte (auquel on peut reprocher comme vice de rédaction ces mots : « Il y a violence, lorsqu'elle est de nature... » ; et la place qu'il donne à l'épithète *raisonnable;* puis encore cette autre expression mal choisie de *mal présent*) se réduit à ceci : Il y aura violence dans le sens de la loi, toutes les fois que, pour contraindre la personne à contracter, on lui aura imprimé la crainte, raisonnable quant à elle, de s'exposer inévitablement à un mal considérable.

En nous disant d'abord qu'il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire l'impression dont parle l'article, le texte nous prouve que la nature des moyens employés pour causer cette impression ne doit pas être considérée; que ce soient de simples menaces ou qu'on ait usé de voies de fait, il n'importe pas.

Quand la loi dit ensuite que ces moyens doivent être de nature à faire impression sur une personne raisonnable, il est clair que cette idée doit s'expliquer par le second alinéa, qui veut qu'on ait égard à l'âge, au sexe et à la condition de la personne. Il n'est pas nécessaire, comme le dit d'abord le texte, que le moyen ait pu faire impression *sur une personne raisonnable;* il suffit que, d'après les circonstances d'âge, de sexe, d'éducation, de caractère, d'habitudes, etc., de la personne dont il s'agit, ce moyen ait dû *raisonnablement* faire impression sur elle.

Ceci résulte évidemment de notre second alinéa, qui est venu changer complétement sur ce point la règle du droit romain. Le droit romain voulait une violence de nature à faire impression *in homine constantissimo.* Pothier, reproduisant cette idée, disait (n° 25) qu'elle devait être « capable de faire impression sur une personne courageuse » ; mais il ajoutait un peu plus loin que ce principe *était trop rigide pour être suivi chez nous,* et qu'on devait en cette matière avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. Nos rédacteurs, tout en adoptant cette dernière idée, ont cependant reproduit aussi la première phrase, dans laquelle ils ont seulement substitué *raisonnable* à *courageux;* ils n'ont pas remarqué que, malgré cette substitution, la phrase se trouvait encore inexacte, et que tout ce que permet d'exiger le second alinéa, c'est que la crainte ait été raisonnable et bien fondée, non pas en soi et réellement, mais relativement à la personne et dans la pensée de cette personne.

412. C'est encore pour avoir servilement suivi Pothier, qui lui-même avait mal compris la loi romaine sur ce point, que nos rédacteurs demandent la crainte d'un mal considérable *et présent.* Pothier (*ibid.*) parlait d'un mal « que la personne était menacée *d'endurer sur-le-champ,* et disait traduire ainsi le *metum præsentem* de la loi

romaine. Mais il est clair que *metus præsens* signifie *la crainte actuelle du mal,* et nullement *la crainte d'un mal actuel.*

Et qu'importe, en effet, que le mal doive m'atteindre immédiatement ou ne me frapper que dans quelque temps, s'il me menace d'une manière inévitable et que je n'aie aucun moyen de m'y soustraire? Le *mal présent* du texte ne peut donc s'entendre que d'un mal imminent, inévitable.

1113. — La violence est une cause de nullité du contrat, non-seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants.

413. Il est évident que cette disposition n'est pas limitative : si mon refus de signer un acte doit faire exécuter la menace de ruiner ma sœur, ou d'infliger des traitements barbares à une personne qui m'est chère, ou d'assassiner une personne qui m'est, si l'on veut, complétement étrangère, il est clair que la violence exercée contre la tierce personne produit sur moi-même une violence morale, une crainte qui m'est toute personnelle, et qui suffit pour vicier mon consentement et faire annuler le contrat. Le seul sens possible de notre article est donc que, dans le cas de conjoints ou de parents en ligne directe, la violence exercée contre l'une de ces personnes produira forcément et de plein droit le même effet que si elle était dirigée contre la partie contractante elle-même; tandis que, pour toutes autres personnes, les juges seront libres de se déterminer par les circonstances.

1114. — La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.

414. La crainte de déplaire à une personne pour laquelle on professe un respect profond, en face de laquelle on se trouve tellement timide qu'on n'oserait jamais la contrarier en rien, cette crainte peut, tout aussi bien que la crainte d'un mal même physique, diminuer la liberté du consentement; mais comme le principe de cette crainte n'a rien d'immoral, la loi n'a pas dû lui donner l'effet de faire révoquer une convention : la loi romaine disait avec raison que la violence, pour annuler le contrat, devait être faite *adversus bonos mores.* Tant que la personne qui exerce sur moi une si grande influence n'en a fait aucun usage immoral, tant qu'elle ne m'a pas fait d'autres menaces que de me retirer son amitié, et que j'ai pu refuser sans m'exposer à de véritables dangers, le contrat reste inattaquable.

Il est évident, au surplus, que cette règle ne s'appliquerait pas seulement pour des ascendants, mais aussi pour le parent ou le bienfaiteur quelconque qui m'a élevé, pour toute personne, quelle qu'elle soit, capable de m'inspirer la crainte révérentielle dont parle notre article.

Aussi Pothier parle-t-il ici de la crainte de déplaire à un père, à une mère, *ou autres personnes auxquelles on doit des égards* (n° 27).

Si la loi n'a cité que les ascendants, c'est parce qu'elle s'est arrêtée au cas le plus fréquent; elle a parlé *de eo quod plerumque fit*.

Par cette même raison que la crainte ne vicie pas le contrat quand sa cause n'a rien d'immoral, il est clair qu'on ne saurait critiquer le contrat qu'un débiteur a consenti envers son créancier pour échapper à la saisie, à l'emprisonnement ou à telle autre contrainte dont celui-ci le menaçait, et qu'il pouvait exercer légalement : il n'y a point eu la violence *adversus bonos mores* (1).

415. Si la convention qu'une personne violentée consent pour échapper au danger a eu précisément pour objet d'éviter ce danger; par exemple, si une personne attaquée sur un chemin par des voleurs a promis une somme d'argent à un tiers pour qu'il la sauvât de leurs mains, il est clair que nous ne sommes plus dans le cas de nos articles; car le contrat que ces articles déclarent annulable est uniquement celui que les auteurs de la violence se proposaient de faire consentir. Et la preuve que ce n'est plus là le cas de nos articles, c'est que le résultat serait évidemment le même si la promesse avait été faite sans aucune circonstance de violence et pour échapper à un danger indépendant de la volonté de l'homme, à un incendie, par exemple... L'obligation consentie en pareil cas serait donc valable en principe, et c'est ce que déclare Pothier d'après la loi romaine (n° 24). Mais cette obligation, déterminée par la peur, peut être excessive; et Pothier décide qu'alors elle pourrait être réduite par le juge (*ibid.*)...

Il est évident que cette réduction, prononcée par le juge, d'une obligation reconnue valable en soi, serait aujourd'hui un excès de pouvoir; mais on peut arriver au même résultat par une autre voie. Le juge peut et doit, quand l'obligation est vraiment excessive, déclarer qu'il trouve, dans cette circonstance même, la preuve que l'obligé se trouvait privé de sa raison par l'effet de la peur, que dès lors son obligation est nulle pour défaut de consentement; puis, une fois que cette obligation sera reconnue ne pas exister, fixer une somme convenable au payement de laquelle la personne se trouvera obligée indépendamment de toute volonté, par le fait même du service qui lui a été rendu, et par l'effet du quasi-contrat de gestion d'affaires.

Toullier (V, 85), qui n'avait pas remarqué ce moyen d'annuler l'obligation excessive pour la remplacer par une autre, avait du moins compris qu'on ne pouvait plus parler aujourd'hui de réduire une obli-

---

(1) Pothier (n° 26); Toullier (VI, 81); Merlin (*Quest.*, v° Crainte); Duranton (X, 142).

Jugé que si en principe une poursuite criminelle ne peut être considérée comme une violence illégitime de nature à vicier le consentement et à invalider les transactions faites sous son influence, il en est autrement alors que, par des combinaisons artificieuses du plaignant, l'action publique par lui mise en mouvement est devenue un instrument d'intimidation pesant sur l'inculpé au point de vue de sa liberté compromise, de son honneur et de l'imminence d'une ruine. Cass., 17 août 1865 (Dev., 65, I, 399).

gation reconnue valable; et on doit s'étonner de voir son annotateur, M. Duvergier, revenir sur ce point à la doctrine de Pothier. Il est évident, et Toullier l'avait bien senti, qu'il y aurait là excès de pouvoir.

1115. — Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi.

416. Cet article est parfaitement inutile dans le Code. L'art. 1117 déclarant que les trois vices d'erreur, de violence et de dol, prévus par notre section, ne rendent pas le contrat inexistant, mais seulement annulable; l'art. 1304 répétant que l'action en nullité pour erreur, violence ou dol, ne dure que dix ans; et l'art. 1338 autorisant et réglant la ratification de toute obligation annulable, il était certes bien superflu de rédiger ici un article à part pour la violence.

Cette disposition bizarre tient à la routine, déjà signalée plus d'une fois, avec laquelle nos rédacteurs ont copié dans notre titre le Traité de Pothier... Après avoir parlé du cas d'erreur sur la substance de la chose ou sur la personne, laquelle, dans l'ancien droit, à la différence du système actuel, formait une cause de nullité radicale, de non-formation du contrat, Pothier, en arrivant à la violence, s'empresse de dire que son effet est différent, et que « si, depuis que la violence a cessé, on a approuvé le contrat, soit expressément, soit tacitement, en laissant passer le temps de la restitution, le vice du contrat est purgé (n° 21). » On voit que l'explication de Pothier, explication nécessaire dans son système, a peu changé pour fournir le texte insignifiant de notre article.

§ 3. — Du dol, ou plutôt de l'erreur provenant du dol.

1116. — Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé.

SOMMAIRE.

I. Pourquoi le dol n'est une cause de nullité que sous la double condition d'avoir été la cause du contrat et d'être émané de l'autre partie. — Théorie du dol.
II. La nullité n'est pas, en cas de dol comme en cas d'erreur ou de violence, opposable aux tiers acquéreurs. Dissentiment avec M. Duranton.
III. Le dol simplement *incident* donne lieu à des dommages-intérêts, sans jamais entraîner l'annulation.

I. — 417. Le dol, que le Code nous présente comme constituant le troisième vice du consentement, s'entend de tous moyens employés pour tromper une personne, et pour la décider à former un contrat par suite de l'erreur que l'on engendre ou que l'on confirme dans son esprit. Le dol ne peut donc être une cause de nullité qu'autant qu'il

est prouvé que la partie n'aurait pas contracté si des manœuvres fallacieuses n'avaient pas été employées envers elle (1).

Mais cette première condition ne suffit pas. Il faut encore que le dol ait été pratiqué par la personne envers laquelle la partie trompée s'obligeait ; s'il avait été pratiqué par un tiers, il n'entraînerait pas l'annulation du contrat. Essayons de bien comprendre la raison de cette règle et d'arriver à une théorie exacte du dol.

418. Il est d'abord évident que les manœuvres frauduleuses dont je puis être l'objet n'affectent en rien mon consentement par elles-mêmes ; elles ne peuvent le faire que par l'erreur qu'elles produisent. Il est clair, en effet, que si, malgré toutes les ruses employées pour me tromper, on n'y était pas parvenu, je ne pourrais pas me plaindre. Ce n'est donc pas précisément le dol, mais bien l'erreur résultant du dol, qu'il faut considérer ici. Or, de trois choses l'une : ou bien l'erreur produite sera de nature à détruire le consentement, et alors il n'y aura pas de contrat ; ou bien elle sera de nature à vicier ce consentement et à faire annuler le contrat formé, et alors ce sera le cas de l'art. 1110 et non pas encore le cas de notre art. 1116 ; ou bien enfin, l'erreur ne tombera que sur des circonstances indifférentes à la validité de la convention (par exemple, sur les qualités simplement accidentelles de la chose, sur les motifs du contrat, etc.), et c'est là le seul cas pour lequel notre article puisse être fait. Ainsi donc, les règles spéciales au dol ne se trouvent faites que pour le cas où le consentement n'est ni détruit, ni suffisamment vicié, et où le contrat dès lors se trouve, en principe, être pleinement valable.

Mais si l'erreur provenant du dol (et qui n'est pas assez grave pour rester sous l'application de l'art. 1110) ne rend pas la convention vicieuse, il n'en est pas moins vrai qu'elle cause un tort à la partie trompée, puisqu'on suppose que, sans cette erreur, la partie n'aurait pas voulu former le contrat. Or, toute personne qui cause un dommage par sa faute étant obligée de le réparer (art. 1382 et 1383), la personne dont le dol m'a conduit à contracter me doit donc des dommages-intérêts, c'est-à-dire une réparation exacte du tort qu'elle m'a causé... Lorsque le dol est émané d'un tiers, on appréciera le préjudice que j'ai souffert et le tiers m'en indemnisera par une somme d'argent ; quand, au contraire, le dol vient de la partie avec laquelle j'ai contracté, on devait adopter un autre mode d'indemnité. En effet, le moyen le plus simple et le plus sûr de me procurer l'exacte réparation du tort que me cause mon contrat, c'est évidemment de remettre les choses au même état que si ce contrat n'avait pas eu lieu ; et comme ce moyen, impossible vis-à-vis d'un tiers, est facile en face de mon cocontractant, il est tout simple que la loi l'ait ordonné dans ce cas.

Voilà pourquoi le dol qui m'a déterminé à contracter ne produit jamais l'annulation du contrat que quand il émane de la personne qui

(1) *Voy.* Cass., 11 mars 1862, 14 juill. 1862, 12 janv. 1863 (Dev., 62, I, 136 et 849 ; 63, I, 249 ; Dall., 62, I, 429 et 538 ; 63, I, 302).

contractait avec moi. Voilà comment, au lieu de vicier mon consentement et la convention qu'il forme, il me permet seulement de demander une indemnité à celui qui m'a trompé. Voilà pourquoi la nullité qu'il amène indirectement, au lieu d'être posée dans l'édit du préteur absolument et contre tous, *generaliter, in rem,* comme pour le cas de violence, ne l'était que contre la personne coupable du dol, *specialiter, in personam*. Voilà pourquoi, enfin, nous avons dit plusieurs fois que le dol ne constitue pas réellement un vice du consentement, et que ses effets seraient mieux placés au chapitre suivant que dans notre section.

II. — 419. Cette différence entre le dol et l'erreur ou la violence entraîne une conséquence importante dans les contrats translatifs de la propriété de biens immeubles.

En effet, celui qui n'obtient un immeuble que par un contrat entaché de violence ou d'erreur, n'ayant qu'une propriété révocable absolument, ne peut transmettre que des droits affectés du même vice; en sorte que ses sous-acquéreurs seraient soumis à l'action en nullité à laquelle il était soumis lui-même (art. 2125 et 2182). Dans le cas de dol, au contraire, l'auteur du dol devenant plein propriétaire de l'immeuble et n'étant tenu à le restituer que par l'effet de son *obligation personnelle* de réparer le tort qu'il a causé, il est clair que ses sous-acquéreurs, lesquels, bien entendu, ne succèdent pas à ses obligations personnelles, ne devraient pas cette restitution et ne seraient pas soumis à l'action en rescision.

En vain on dirait, comme M. Duranton (X, 181), qu'il est arbitraire de ne pas reconnaître le dol comme un véritable vice du consentement, puisque l'art. 1109 lui assigne formellement ce caractère. On répondrait qu'une théorie n'est pas arbitraire quand elle est fondée sur les règles du Code; que l'argument *de mots* que procure contre nous l'article 1109 tombe forcément devant l'argument *de choses* que fournit notre art. 1116, dont la disposition ne permet pas d'admettre le dol comme viciant réellement le consentement et le contrat, puisque ce consentement et ce contrat restent parfaits en face du dol qui n'émane pas de la partie contractante... Dirait-on, pour dernière ressource, que la loi, toute-puissante pour créer à son gré des fictions et des principes, a fait du dol un vice réel du consentement quand il émane de la partie, quoiqu'elle n'ait pas cru devoir lui donner ce caractère quand il émane d'un tiers? Mais alors ce prétendu vice ne serait donc pas absolu; il serait purement relatif et tout personnel à l'auteur du dol. Or, s'il est personnel, il ne pourra donc pas produire un effet absolu, et se trouvera sans force dès lors contre les tiers détenteurs... En un mot, et quelque théorie qu'on adopte sur le dol, il faudra toujours reconnaître que l'annulation pour cette cause a pour but de réparer l'effet du dol en frappant son auteur et en épargnant celui qui n'en est pas coupable. Or, le sous-acquéreur d'un contractant déloyal n'est pas plus coupable du dol de celui-ci que le contractant loyal ne l'est du dol pratiqué par un tiers et dont il n'a profité qu'à son insu.

420. Nous n'avons parlé que des immeubles, parce que, pour les meubles, le tiers acquéreur de bonne foi se trouvera toujours garanti par la disposition déjà connue de l'art. 2279.

III. — 421. Notre article ne parle et nous n'avons parlé nous-même que du dol qui a déterminé la partie trompée à contracter (dol déterminant, *dolus dans causam contractui*). Quant au dol en l'absence duquel j'aurais également contracté, et qui, sans donner naissance au contrat, est venu cependant y jouer son rôle (dol incident, *dolus incidens in contractum*), il ne faut pas croire qu'il ne donne pas lieu à réparation; mais il ne conduira jamais à l'annulation du contrat. Ainsi, quand on m'a fait croire qu'une maison, qui me convenait parfaitement d'ailleurs, et que dans tous les cas j'aurais consenti à acheter, jouissait de certains agréments qui m'ont décidé à la payer plus cher que je ne l'aurais fait, il est clair que je pourrai exiger une indemnité de celui qui m'a induit en erreur.

422. Au reste, dans tous les cas de dol, soit incident, soit déterminant, la partie contractante qui a été complice des manœuvres frauduleuses doit évidemment être traitée comme si elle en était l'auteur principal ; et on doit considérer comme complice celle qui, ayant connaissance de ces manœuvres, en a déloyalement profité au lieu de détromper l'autre partie.

Quant au second alinéa de notre article, qui demande que le dol soit prouvé par celui qui l'allègue, il est l'application d'un principe tellement évident, qu'il n'avait nul besoin d'être écrit dans la loi.

1117. — La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre.

423. On a vu que ni l'erreur prévue par l'art. 1110, ni la violence, ni le dol, ne détruisent le consentement. — Dans ces différents cas, le consentement existe et le contrat se forme; il y a seulement lieu de le faire briser. L'art. 1304 nous dira, en effet, que les contrats formés dans ces circonstances peuvent être l'objet d'une action en annulation pendant dix ans à partir de la cessation du vice.

Il en est autrement, bien entendu et quoi que dise M. Duranton (n° 139), quand il n'y a pas consentement. Si j'avais entendu faire un louage quand vous compreniez une vente, si je pensais à votre maison de Paris quand vous parliez de celle de Versailles, si la violence a consisté à conduire ma main de vive force de manière à former ma signature sans ma volonté, si j'étais dans un état de folie, de délire, d'ivresse complète, de somnambulisme, au moment du prétendu contrat, alors la convention ne s'est pas formée et il est clair qu'il n'y a pas lieu de la faire cesser. Elle est radicalement nulle; et après trente et quarante ans, on serait toujours à temps d'en faire reconnaître la non-existence.

§ 4. — De la lésion.

1118. — La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.

424. La lésion, c'est-à-dire le préjudice que subit une partie, suffit quelquefois pour faire annuler une convention. Ainsi, quoique cette partie n'ait pas été dans l'erreur, qu'aucune crainte ne lui ait été imprimée, qu'aucune manœuvre fallacieuse n'ait été pratiquée envers elle, le tort que lui cause la convention peut devenir par lui-même un principe d'annulation.

La lésion, dans l'ancien droit, était une cause d'annulation : 1° dans tous contrats, quant aux mineurs; et 2° quant aux majeurs, dans les partages, pour lésion de plus d'un quart, et dans tous les contrats ayant pour objet des immeubles, pour lésion de plus de moitié (Pothier, nos 33-40). — Le droit intermédiaire, par une loi du 9 fructidor an 3, supprima l'annulation pour lésion quant aux majeurs. — Le Code Napoléon, prenant un milieu entre ces deux systèmes, admet l'annulation pour lésion, quant aux majeurs, 1° dans les partages, pour lésion de plus d'un quart (art. 887 et 1079); 2° dans les *ventes* d'immeubles (et non dans tous contrats) et seulement *pour le vendeur,* quand il est lésé de plus des sept douzièmes (art. 1674 et 1683). Quant aux mineurs, la lésion est toujours, comme autrefois, une cause de rescision pour toutes leurs conventions (art. 1305).

Ainsi, les *certaines personnes* pour lesquelles la lésion vicie toujours les conventions, ce sont les mineurs; et les *certains contrats* dont parle l'article sont les partages, puis les ventes d'immeubles, quant au vendeur seulement.

L'article, du reste, est inexact quand il dit que tout ceci sera expliqué dans la même section dont parle l'article précédent, c'est-à-dire la section VII du chapitre V (art. 1304 à 1314). Cette section, en effet, ne pose que la règle relative aux mineurs (art. 1305); quant à l'article 1313, qui s'occupe des majeurs, il n'est comme le nôtre qu'un article de renvoi, et ce n'est que par les art. 887 et 1674 que la règle se trouve formulée.

425. La lésion est considérée par le législateur comme faisant présumer un état de dénûment ou de nécessité implacable chez celui qui l'a subie. Quand un copartageant s'est contenté d'une part de moins de 15000 francs alors qu'il avait droit à 20000 francs; quand une personne a vendu pour moins de 5000 francs un immeuble qui en vaut 12000, la loi suppose qu'ils ont agi sous l'empire de la misère ou de toute autre force majeure qui leur a enlevé la liberté. C'est donc là un véritable vice du consentement, qui affecte réellement le contrat comme l'erreur et la violence, et qui permet dès lors d'agir contre les sous-acquéreurs aussi bien que contre celui avec qui on a contracté. C'est ce que prouve bien d'ailleurs l'art. 1681, alinéa 2.

Si la loi n'a pas indiqué ce vice du consentement avec les trois autres dans la règle générale de l'art. 1109, c'est parce qu'il n'est admis que dans certains cas et par exception.

...ans lesquels le contrat
...s.

...aphe le titre vague d'*Obser-*
... déjà dit en commençant la
... ont placées ici se réfèrent à
...*onsentement,* l'autre une ab-
...ble de les rattacher par une
...tement. — Essayons de faire
...été amenés à tracer ici des
...nent inutiles, et deviennent
...é qui leur fait supposer une

... pas en principe la formation
...oulent, par la seule volonté
...lu, était toujours nécessaire;
... se formait tantôt *consensu et*
...*nsensu et* VERBIS ; et c'était
...it *solo consensu.* On sait en-
... formaient au moyen des *sti-*
...d'une réponse solennelle du
...lement être formelle et caté-
... scrupuleusement, minutieu-
...tipulant ; en sorte qu'il s'a-
...*,* même bien constante, des
...r elles, et de la manière dont
...t, au surplus, que d'un pareil
...serait inique et même absurde
...e législation qui, brisant ici
...omain, pose en principe que
...*lonté ,* de quelque manière

...islation de Rome était encore
... provinces françaises et exer-
...es qui ne lui reconnaissaient
...rellement côtoyer sans cesse
...ales règles, n'eût-ce été que
... était encore pleinement ap-
...égislation nationale n'en exi-
..., au commencement de son
...ble principe, posé par les ju-
risconsultes romains, 1° qu'on ne peut pas stipuler pour autrui, et 2° qu'on ne peut pas non plus promettre pour autrui. Il trouve pleine-

ment applicable, et avec raison, la première partie du principe ; mais il n'accepte la seconde, et avec raison encore, que sous le bénéfice d'une modification qui, au fond, en emporte la suppression. Les développements auxquels il se livre sur cette matière forment un article à part, avec cette rubrique : *De ce qui peut être l'objet des contrats*. « Il n'y a, dit-il, que ce que l'une des parties stipule pour elle-même, et pareillement il n'y a que ce que l'autre partie promet pour elle-même, qui puisse être l'objet d'un contrat. »

Nos rédacteurs, accoutumés à suivre Pothier pas à pas, n'ont pas cru pouvoir omettre une matière qu'il traitait si longuement. Oubliant qu'ils n'étaient pas tenus, comme Pothier, de rappeler les principes romains ; ne comprenant pas d'ailleurs que la première partie du principe n'avait pas besoin d'être exprimée ou devait l'être seulement par quelques mots dans la matière de *l'objet des contrats*, et que la seconde se trouvait détruite par la doctrine même qu'ils allaient reproduire, ils ont consacré les quatre articles auxquels nous arrivons à résumer tant bien que mal les explications données par leur guide. Seulement, ils ont rattaché à la matière du *consentement* (et nous verrons pourquoi au n° I de l'art. 1120) ce que Pothier regardait comme appartenant à *l'objet du contrat*.

C'est donc à une routine aveugle que nous devons ces quatre articles qui ont soulevé tant de difficultés et donné tant de peine aux interprètes.

427. Les auteurs, en effet, sont si loin d'être d'accord sur le sens et la portée de ces dispositions, qu'ils ne s'entendent pas même sur la place que l'on doit logiquement leur attribuer. M. Duranton les rattache, comme le Code, à la matière du *consentement ;* Delvincourt et Toullier les placent, comme Pothier, sous la rubrique de *l'objet* des obligations ; M. Zachariæ les range parmi *les effets* des contrats... Nous croyons, quant à nous, que toute cette matière, en supposant qu'elle eût besoin d'être exprimée dans la loi, devait se réduire à quelques mots ajoutés à la section *De l'Objet des contrats* (quant à la règle qu'on ne peut *stipuler* pour autrui), et à quelques autres mots ajoutés à la section *De l'Interprétation des conventions,* art. 1156 et suivants (quant à cette autre règle qu'on ne peut *promettre* pour autrui).

Tout ce que nous venons de dire, au surplus, ne pourra se bien comprendre que par l'explication des articles eux-mêmes.

1119. — On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même.

428. Cet article pose un double principe auquel les trois articles suivants vont faire exception. Ce principe, ou plutôt ces deux principes consistent à dire que toutes les fois qu'on agit, non comme représentant d'une autre personne, mais pour son propre compte, on ne peut, en général et sauf les cas exceptionnels, 1° s'engager pour autrui, ni 2° stipuler pour autrui. — Ces deux règles sont bien celles que nous avons

vues indiquées par Pothier d'après le droit romain, sauf que le Code en a interverti l'ordre, en plaçant la première celle que Pothier mettait en second, et réciproquement.

Et d'abord, pour suivre l'ordre du Code, on ne peut pas *s'engager pour autrui,* c'est-à-dire qu'on ne peut pas, en son propre nom, former une obligation dont l'objet devrait être fourni par un tiers. *Si quis* ALIUM *daturum facturumve quid promiserit, non obligatur* (Inst., *De inut. stipul.,* § 3); DE SE *quemque promittere oportet* (D., *De verb. oblig.,* 83). Ainsi, quand je vous promets en mon nom, *de me,* que Paul vous vendra sa maison, que Jacques ne plantera pas d'arbres sur le terrain qui lui appartient en face de votre château, etc., le premier principe de notre article s'opposerait à la formation de mon obligation si ce principe n'était pas modifié (et on peut plutôt dire détruit) par l'exception de l'article suivant.

C'est par l'explication de cette exception que le principe lui-même sera bien compris.

429. Il est plus facile de comprendre immédiatement le second principe, celui qui déclare qu'on ne peut pas, en son nom, *de se tantum,* stipuler pour autrui.

Quand je stipule de vous, c'est-à-dire quand je vous fais promettre de bâtir une maison à Pierre, de fournir un cheval à Paul, etc., il ne se forme pas de contrat. En effet, je n'ai aucun intérêt saisissable à ce que vous procuriez telle ou telle chose à un tiers; or, l'intérêt étant la base de toute action, je ne pourrais donc pas vous contraindre à exécuter; et si je n'ai aucun moyen de vous contraindre, vous n'êtes donc pas lié; il n'y a pas de *vinculum,* il n'y a pas d'obligation. Il est donc vrai, sauf les cas d'exception, que, quand je stipule pour autrui, il ne se forme pas de contrat, faute d'un objet qui me présente de l'utilité. Le résultat est le même que si vous m'aviez promis *un animal, du blé,* ou tout autre objet tellement indéterminé que je n'aurais aucun moyen de vous contraindre à me livrer une chose qui me soit utile. Dans les deux cas, il y a, par des causes différentes, absence de la condition exigée par le dernier alinéa de l'art. 1109 et par la section III (art. 1126-1130).

1120. — Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

SOMMAIRE.

I. — 430. Après avoir posé ce premier principe, que je ne m'oblige pas quand je promets en mon nom le fait d'un autre (et le *fait* se prend

ici *lato sensu* pour signifier une dation, une abstention, une prestation quelconque, aussi bien qu'un fait proprement dit), la loi déclare qu'il y a exception à cette règle quand, en promettant le fait d'un tiers, je me porte fort pour ce tiers.

Mais cette exception ne détruit-elle pas la règle, ou du moins ne la réduit-elle pas à une proposition insignifiante tant elle est évidente? Nous le croyons fermement; et quoique les auteurs qui ont traité la matière (1) s'efforcent de trouver un sens sérieux à cette règle, il nous paraît facile d'établir qu'elle n'en saurait avoir.

L'expression vague et quelque peu barbare *se porter fort* pour un tiers, *se faire fort* d'un tiers, doit d'abord être bien comprise. Or, tout le monde convient que *se porter fort* c'est promettre, sous sa propre responsabilité, que le tiers fera ce dont il est question; c'est garantir que ce tiers, qui peut seul procurer l'objet promis, viendra lui-même exécuter l'obligation ou tout au moins la contracter personnellement.

Dans la stipulation romaine, alors qu'il n'y avait d'obligation que celle qui se trouvait catégoriquement exprimée dans les paroles formellement prononcées, le promettant, quelle qu'eût été sa pensée, ne s'était valablement porté fort, et ne se trouvait obligé, qu'autant qu'il avait dit expressément qu'*il ferait que le tiers accomplirait* la chose promise : *quod si* EFFECTURUM SE *ut Titius dare* SPOPONDERIT, *obligatur.* Mais aujourd'hui que le contrat se forme, non plus *verbis*, mais *consensu*, par la seule volonté manifestée de quelque manière que ce soit, il est clair que le promettant se sera porté fort toutes les fois qu'il aura manifesté cette idée qu'il s'obligeait à faire procurer la chose ou le fait par le tiers. — Ceci posé, n'est-il pas évident qu'on se porte fort par cela seul qu'on promet le fait du tiers avec intention de s'obliger, et qu'il n'en pourra être autrement que quand on aura fait à titre de simple renseignement, ou comme offre d'actes d'obligeance, une de ces promesses que l'on donne sans aucune pensée de se lier?

Ainsi, par exemple, quand j'ai dit : « Je vous promets que Pierre vous vendra sa maison », de deux choses l'une : ou bien 1° j'ai seulement voulu, soit vous rassurer par ce simple renseignement, « *J'ai lieu de croire que Pierre vous vendra* », soit vous promettre un service d'ami, « *Je ferai mon possible pour que Pierre vous vende et j'espère réussir* », mais sans penser à contracter, à m'obliger; ou bien 2° j'ai entendu contracter avec vous, me mettre dans les liens d'une obligation; et alors mes paroles n'ont pas d'autre sens possible que celui-ci : « *Je vous garantis* que Pierre vous vendra; *je m'oblige* à vous procurer ce résultat. » Or, c'est là se porter fort, puisqu'il est évident que la phrase signifie : « *Je m'oblige* A FAIRE *que Pierre vous vendra!* »

Reconnaissons donc que tout se réduit à ceci : ou le promettant a entendu s'obliger, et par cela même il s'est porté fort, en sorte que l'obligation est valable d'après notre article; ou bien il n'a pas eu volonté

(1) Toullier (VI, 135); Delvincourt, Duranton (X, 209); Zachariæ (II, p. 478).

de s'obliger, et alors il est bien clair qu'il n'y a pas de contrat, puisque le contrat ne se forme que par l'accord des volontés.

431. Et il est tellement vrai que le seul cas où l'on ne se soit pas forcément porté fort est celui où l'on a promis sans vouloir s'obliger, que Toullier (n° 135, *in fine*), tout en voulant prouver le contraire, termine sa discussion ainsi : « Promettre simplement qu'un tiers fera, et se porter fort ou garantir qu'il fera, sont deux choses évidemment différentes. *Dans le premier cas,* ON N'ENTEND POINT OBLIGER SA PERSONNE!... » (1) Et c'est évidemment parce que ce cas a été considéré par les rédacteurs comme présentant une absence de consentement qu'ils ont rattaché à la matière du *consentement* ces idées, dont Pothier ne s'occupait qu'à propos *de l'objet* des contrats... Enfin (car tous les éléments de décision concordent sur ce point), les rédacteurs ont si bien entendu que promettre le fait d'un tiers (avec l'intention de s'obliger), ou se porter fort de ce tiers, sont une même chose, que, dans l'Exposé des motifs, M. Bigot, l'un de ses rédacteurs, dit que l'action en indemnité pour refus de ratification du tiers appartient à *celui auquel on a promis* le fait du tiers contre la personne qui a *donné cette promesse* (Fenet, XIII, p. 224).

Donc, la première partie de l'art. 1119, ce principe, si important en apparence, qu'on ne peut pas s'engager pour autrui à moins qu'on ne se porte fort, se réduit à dire qu'on ne peut pas former un contrat *sans en avoir la volonté,* et qu'on ne s'oblige pas conventionnellement *quand on n'entend pas s'obliger*. Ce n'était vraiment pas la peine de le dire.

432. Il est évident, au surplus, que c'est aux tribunaux de décider en fait et d'après les circonstances si celui qui a promis a entendu oui ou non s'obliger. Il n'est pas moins évident qu'on devra décider affirmativement toutes les fois que la promesse, si vague que puisse paraître sa rédaction, se trouvera dans un acte en bonne forme; la seule circonstance que j'ai signé un tel acte pour constater ma promesse prouve bien que j'ai entendu m'obliger; car on ne fait pas d'acte pour donner un simple renseignement ou promettre un simple service d'ami. Cette volonté de s'obliger serait encore manifeste si le promettant s'était soumis à une clause pénale, c'est-à-dire à payer des dommages-intérêts.

II. — 433. Une fois qu'il sera reconnu que j'ai entendu m'obliger, de deux choses l'une : ou bien le tiers pour lequel je me suis fait fort refusera de contracter, et alors l'obligation que j'avais prise ne se trouvant pas remplie, je devrai des dommages-intérêts pour le préjudice que subira l'autre partie (Cass., 1er mai 1815); ou bien ce tiers ratifiera

---

(1) Il y a lieu de s'étonner que le savant annotateur de Toullier, M. Duvergier, ne relève pas, et semble ainsi approuver par son silence, les phrases vraiment vides de sens par lesquelles le premier, dans les alin. 3, 4 et 5 de ce n° 135, cherche à expliquer comment on peut promettre *par un contrat*, qu'un tiers fera ou donnera, sans cependant se porter fort. Il est évident, au contraire, que faire d'une telle promesse l'objet d'un contrat, c'est *s'obliger* et dès lors *se porter fort.*

l'engagement, et dès lors je serai pleinement libéré, quand même ce tiers refuserait ensuite d'exécuter. Dans ce dernier cas, c'est à lui seul évidemment que le créancier peut désormais demander des dommages-intérêts, puisque c'est à lui seul qu'on peut reprocher de ne pas remplir sa promesse; quant à la mienne, elle est remplie.

Il en serait autrement, bien entendu, si, non content de promettre l'engagement du tiers, j'avais garanti l'exécution même de son obligation. Les dommages-intérêts pourraient alors, en cas d'inexécution, être demandés soit au tiers, soit à moi-même.

1121. — On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.

SOMMAIRE.

I. La promesse au profit du tiers ne peut pas être l'objet d'un contrat; mais elle ne peut être une condition ou une charge.

II. A quoi se réduit le deuxième principe de l'art. 1119. Seconde exception à ce principe.

III. La stipulation au profit du tiers est une offre de donation : conséquences. Mais elle est dispensée de la forme notariée.

I. — **434**. Cet article fait exception au second principe de l'art. 1119, comme l'art. 1120 fait exception au premier; le mot *pareillement* se reporte au mot *néanmoins* du texte qui précède, et signifie que, *par exception aussi,* on peut stipuler en son nom pour un tiers dans les cas qui sont indiqués ici.

Après avoir dit que ce qui ne concerne pas l'intérêt personnel du créancier ne peut pas être l'*objet* du contrat, Pothier ajoutait et avec raison : « mais cela peut être *in conditione aut in modo.* » La chose ou le fait qui ne doivent être utiles qu'à un tiers ne peuvent pas constituer l'*objet* d'une convention entre vous et moi, puisque l'obligation ne naît pas quand son objet est inutile au créancier; mais rien n'empêche qu'elles constituent une *condition* ou une *charge* de notre convention, que cette convention soit d'ailleurs à titre onéreux ou à titre gratuit, peu importe. Telle est aussi la règle posée par la première phrase de notre article, qui prend évidemment les deux mots *condition* et *stipulation* dans leur sens générique, et qui signifie que je puis très-bien stipuler au profit d'un tiers quand ma stipulation se trouve n'être qu'une condition ou une charge (*conditio aut modus*) du contrat ou de la donation que je fais.

Ainsi, quand je vous vends ma maison pour 80 000 francs, ou quand je vous la donne, mais sous la condition, c'est-à-dire à la charge de payer à Paul 100 francs par an jusqu'à sa mort, cette stipulation au profit de Paul sera valable. Et en effet, il n'y a plus ici de convention nulle pour défaut d'objet utile, et vous êtes vraiment lié par la promesse que vous faites au profit de Paul; car si vous ne l'accomplissez pas,

je pourrais vous poursuivre en résolution de la donation ou de la vente (art. 953 et 1654). — De même, quand je déclare vous donner ma maison, ou vous vendre tel bien, ou m'obliger à vous procurer tel avantage, si vous prêtez ou donnez tel cheval à Paul, cette stipulation au profit de Paul vous liera envers moi, puisque vous ne pouvez vous soustraire à son exécution qu'en faisant défaillir la condition dont dépend l'existence du contrat que j'ai formé avec vous (1).

II. — 435. On voit que cette règle de notre article n'aurait pas eu besoin d'être formulée comme exception au second principe de l'article 1119, si ce principe avait été posé, comme il devait l'être, en ces termes : « la stipulation faite au profit d'un tiers ne peut valoir quand la chose ainsi promise fait l'objet du contrat » ; ou si, ce qui eût été mieux encore, on se fût contenté d'exprimer dans l'art. 1129 cette idée, qui s'y trouve déjà en germe, qu'il n'y a d'*objet valable* d'une obligation que celui *qui offre au stipulant une utilité à la prestation de laquelle il pourra contraindre le promettant*.

Cette observation nous conduit à indiquer une seconde exception au principe final de l'art. 1119. Cette nouvelle exception a lieu et ma stipulation au profit d'un tiers est valable, quoique faisant l'*objet* de mon contrat, si j'ai eu soin de la soumettre à une clause pénale. Ainsi, vous vous obligez envers moi à faire telle ou telle chose pour Pierre; mais nous convenons que, si vous ne la faites pas, vous me payerez 1 500 francs de dommages-intérêts. Dans ce cas, il est clair que j'ai intérêt à ce que vous fassiez la chose. Qu'importe que cet intérêt ne soit pas apparent par soi et appréciable pour tous, puisque le contrat même l'apprécie et l'estime?... Je pourrai donc vous poursuivre, vous contraindre à exécuter; en cas de refus, me faire autoriser par la justice à faire exécuter par d'autres à vos frais, si la nature de la chose le permet; ou enfin, vous faire condamner à me payer les dommages-intérêts convenus.

Et il ne faudrait pas argumenter, contre cette décision, du texte de l'art. 1227, qui déclare nulle toute clause pénale stipulée pour garantie d'une obligation nulle. La clause pénale ayant ici pour but et pour effet d'estimer et de constater l'intérêt, dont l'absence seule rendait l'obligation nulle et dont la présence la rend valable, l'adjonction de cette clause pénale, en validant ainsi l'obligation principale, la soustrait à la règle de l'art. 1227. Cet article, évidemment, ne parle que des obligations qui restent nulles après l'adjonction de la clause pénale comme avant.

III. — 436. La seconde phrase de notre article déclare que celui qui a fait une stipulation dont il ne doit pas profiter personnellement (mais

(1) Le contrat d'assurance sur la vie, par lequel une personne stipule que, moyennant une prime annuelle qu'elle acquittera pendant toute sa vie, un certain capital sera, lors de son décès, payé à un tiers par l'assureur, a le caractère d'une stipulation licite pour autrui. Cet acte crée au profit du destinataire du capital un droit qui naît dès le moment du contrat, et est seulement suspendu dans son exercice tant que dure la vie de l'assuré. Lyon, 2 juin 1863 (Dev., 63, II, 202; *J. Pal.*, 63, 1113).

qui se trouve pourtant valable, parce que, au lieu de constituer l'objet de son contrat, elle n'en est qu'une condition ou une charge) ne peut plus la révoquer, quand le tiers au profit duquel elle est faite en a accepté le bénéfice.

Cette stipulation, en effet, constitue vraiment, dans les rapports du stipulant au tiers, une donation, laquelle ne peut se parfaire que par le concours des volontés du donateur et du donataire. Tant que le donataire n'accepte pas, il n'y a de la part du stipulant qu'une offre, une pollicitation, qu'il est toujours libre de retirer. Et puisque c'est le concours des deux volontés qui peut seul faire naître le droit, c'est une conséquence évidente, quoique méconnue par M. Duranton (X, 248), que si la mort, soit du stipulant, soit du tiers, arrivait avant l'acceptation de celui-ci, la réunion des deux volontés n'étant plus possible, le tiers ou ses héritiers ne pourraient profiter de l'offre : la donation ne se serait pas accomplie (1). La doctrine contraire d'anciens jurisconsultes, sur laquelle s'appuie M. Duranton, ne saurait être ici d'un grand poids, puisque ces jurisconsultes enseignaient que la stipulation ne pouvait jamais être révoquée par le seul stipulant, et que le Code rejette expressément cette idée (Pothier, n° 73).

Que si la libéralité était offerte aux tiers, non par le stipulant seulement, mais par les deux parties ensemble (ce qui se prouverait soit par les termes de l'acte, soit par les circonstances), et que le promettant, dès lors, ne se fût engagé que dans l'intention de gratifier le tiers, il est évident que la révocation ne pourrait plus émaner du stipulant seul, et ne pourrait être faite que par le commun accord des deux parties.

437. Au reste, quoique la stipulation dont il s'agit constitue bien une libéralité, comme elle ne se produit qu'accessoirement à un autre contrat, il est naturel de ne pas la soumettre à d'autres formes que celles qui sont exigées pour le contrat dont elle dépend. Si donc la convention, dont elle est une condition, n'est pas elle-même une donation, elle sera valable sans aucune nécessité d'un acte notarié (art. 1973). Et puisque la donation faite dans de telles circonstances est *par elle-même* dispensée de la forme notariée, et que si elle doit quelquefois la revêtir, c'est seulement *per accidens* et parce qu'elle se trouve dans une autre donation, on doit donc reconnaître que l'acceptation exigée du donataire ne sera jamais soumise aux formes rigoureuses de l'art. 932, et que, quand même la stipulation se trouverait dans une donation entre-vifs, l'acceptation pourrait se faire par acte sous seing privé ou même résulter suffisamment des circonstances. — Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

1122. — On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers

---

(1) *Contrà :* Cass., 22 juin 1859 (Dev., 61, I, 151; Dall., 59, I, 385); Massé et Vergé (III, § 617, p. 565, note 16); Larombière (I, art. 1121, n° 5).
(2) Grenier (n° 74); Duranton (VIII, 417); Coin-Delisle (art. 932, n° 24); Zachariæ (II, p. 479); Lyon, 10 juin 1817; Rej., 5 nov. 1818.

et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.

SOMMAIRE.

I. Développements sur l'article.
II. Observation générale sur les quatre art. 1119-1122.

I. — 438. Les rédacteurs ont écrit cette disposition comme apportant une dernière expression aux deux principes de l'art. 1119. Nous disons aux deux principes, car il est évident que *stipuler* se prend ici dans son sens générique et comme synonyme de *contracter*. L'art. 1119 avait dit qu'on ne peut pas contracter pour autrui; notre article dit que nos héritiers et tous nos ayants cause sont exceptés de cette règle, et que non-seulement on peut contracter pour eux, mais qu'on est toujours censé l'avoir fait, du moins en général.

Cette prétendue exception n'avait certes pas besoin d'être formulée. Nos héritiers, soit proprement dits, soit improprement dits, et comme eux nos légataires ou donataires universels, succèdent à l'ensemble de nos droits actifs et passifs (art. 724, 1013, 1010, etc.); nos autres ayants cause, c'est-à-dire ceux à qui nous avons transporté tels ou tels droits particuliers, nous succèdent aussi quant à ces droits. Or, puisque toutes ces personnes sont nos successeurs et se trouvent ainsi en notre lieu et place, il n'était pas utile, il est même inexact de dire qu'il y a pour elles exception à l'art. 1119. Car le sens de cet article est que nous ne pouvons pas appliquer *immédiatement*, à des tiers, sans le faire reposer sur nous-mêmes, l'effet de nos contrats; tandis qu'ici nous nous appliquons cet effet à nous-mêmes pour le reporter ensuite sur d'autres qui ne font que nous succéder. En définitive, notre article revient à dire que *nous pouvons transmettre* les droits que nos conventions font naître pour ou contre nous; et il n'était certes pas besoin d'un texte de loi pour nous l'apprendre (1).

Bien entendu, il n'est pas nécessaire (pour qu'un droit soit considéré comme transmis par moi à mes successeurs, et que ma stipulation produise tout son effet pour ceux-ci) que le droit ait eu *son existence complète*, parfaite, pour moi-même; il suffit qu'il ait existé *en germe* pour ou contre moi. Ainsi, quand je vous livre ma maison, qui vaut 10 000 francs, en convenant avec vous que vous me la payerez 20 000 francs si je perds tel procès, et que vous l'aurez pour rien si je le gagne, il est clair que j'ai dès à présent contre vous une créance conditionnelle, une espérance que je puis donner, vendre ou céder autrement à qui bon me semblera; et si je perds ensuite mon procès,

(1) Nos ayants cause, *lato sensu*, sont tous ceux qui se trouvent mis à notre place, soit pour tous nos droits en général, soit pour tel ou tel droit particulier, *omnes causam nostram habentes*; en sorte que nos héritiers sont évidemment nos ayants cause. Mais ordinairement on ne donne pas à ceux-ci ce nom d'ayants cause, qui se trouve ainsi réservé plus spécialement aux autres successeurs (légataires, donataires, acheteurs, etc.). C'est ainsi que notre article, comme les art. 1319, 1322 et d'autres, oppose les *héritiers* aux simples *ayants cause*.

celui à qui je l'ai cédée et qui est devenu mon ayant cause sera votre créancier parfait des 20 000 francs, quoique moi-même je n'aie jamais eu cette qualité. Que si, au lieu de faire ainsi porter la condition sur l'issue d'un procès, nous étions convenus, par exemple, que vous payerez la maison 20 000 francs si je meurs avant vous et qu'elle vous restera pour rien dans le cas contraire, il est clair que mon prédécès, s'il se réalise, vous rendra débiteur pur et simple des 20 000 francs envers mes héritiers, quoique vous ne l'ayez jamais été envers moi-même. Dans les deux cas, le droit n'a pas commencé chez mes successeurs, il n'a fait que s'y développer : c'est moi qui le leur ai transmis, dans le germe qui existait déjà pour moi-même; et cela suffit.

439. Il n'est pas nécessaire non plus qu'en formant le contrat qui doit produire son effet pour moi et mes héritiers, ou même pour mes héritiers seulement, je désigne ceux-ci par leur qualité d'héritiers; il suffit, ici comme partout, que ma pensée se manifeste suffisamment. Ainsi, quand je conviens avec vous que la dernière fraction de la somme que vous me devez ne sera exigible que *par mon fils* cinq ans après ma mort, il est clair que je n'ai désigné mon fils que comme mon héritier futur; et que si, par le prédécès, la renonciation ou l'indignité de ce fils, j'avais pour héritier un neveu ou un cousin, ce neveu ou ce cousin serait créancier et pourrait se faire payer après les cinq ans de mon décès, tout comme mon fils l'aurait fait. Il en serait de même réciproquement, si c'était moi qui fusse votre débiteur, et que je stipulasse que ma dette ne vous serait payée que cinq ans après ma mort *par mon fils*. Et il en serait toujours ainsi, bien entendu, si, au lieu de désigner mon futur héritier par sa qualité, je l'avais désigné seulement par son nom. Ainsi, quand nous convenons qu'à ma mort vous payerez le prix de la vente que je vous fais *à Paul* (qui se trouve mon plus proche héritier présomptif), on comprendra bien que j'ai voulu dire *à mon héritier;* et si ce n'était pas Paul qui recueillît ma succession, ce serait toujours à mon héritier, quel qu'il fût, que vous devriez payer. — Mais s'il résultait des circonstances qu'on a entendu restreindre l'effet du contrat à la personne de l'héritier désigné, et que l'intention a été que la stipulation ou la promesse ne s'appliquerait qu'à l'héritier enfant ou à l'héritier Paul, il est clair que cette intention serait suivie, et que si j'avais pour héritier tout autre que mon fils ou tout autre que Paul, le contrat ne s'exécuterait pas, parce que sa condition aurait défailli. — Que si, enfin, en stipulant ainsi pour un tiers désigné, je n'avais absolument considéré que sa personne, abstraction faite même de la qualité d'héritier (par exemple, si j'ai stipulé pour Paul, mon neveu, alors que j'ai des enfants), la stipulation, dans ce cas, n'étant pas faite pour mon héritier, mais pour un étranger, il est clair qu'elle serait nulle; et quand même le tiers, par suite d'événements que je n'avais pas prévus, deviendrait plus tard mon héritier, le contrat n'en resterait pas moins avenu.

On voit qu'il n'y a au fond de tout ceci que des questions de fait et d'interprétation d'intention, questions que les tribunaux décideraient

d'après les circonstances. Il n'est donc pas étonnant que les jurisconsultes romains aient décidé ce point diversement (Paul, 17, § 4, Dig., *De pact.;* Cels., 33, *ibid.*), et Pothier a eu tort de dire d'une manière absolue (nº 62) que : « Si nous stipulons pour un tel, quand même ce tel, par la suite, deviendrait notre héritier, la stipulation ne serait pas pour cela valable » : ce serait vrai quelquefois, mais ce sera faux la plupart du temps.

440. On s'est demandé sur cette matière si l'on peut faire avec effet une stipulation ou une promesse pour l'un ou plusieurs des héritiers, au lieu de l'appliquer à tous. Nous n'hésitons pas à répondre négativement, pour tous les cas dans lesquels la question peut se présenter, attendu qu'il y aura toujours là une libéralité qui ne pourrait valoir que d'après les formes spéciales de la donation ou du testament, et non comme contrat ordinaire. — Voyons d'abord le cas de stipulation. Je vous vends ma maison pour 20 000 francs, dont vous me servirez les intérêts pendant ma vie, et que vous payerez, à ma mort, à Pierre, l'aîné de mes deux enfants : il est clair que j'enlève ici 10 000 francs à Paul, mon second fils, pour les donner à Pierre, et qu'il y a pour celui-ci, quant à ces 10 000 francs, une libéralité qui ne pourrait valoir qu'au moyen d'un testament, ou par une donation notariée dans laquelle Pierre viendrait accepter expressément la créance. Et quand même je conviendrais avec vous qu'après m'avoir payé l'intérêt des 20 000 francs vous serez libéré en payant à Paul 10 000 francs (au lieu de 20 000), il y aurait toujours libéralité pour celui-ci; car le prix réel de la vente est ici d'une rente viagère, plus 10 000 francs payables à mon décès, et en attribuant à Pierre la totalité de ces 10 000 francs, je lui en attribue par libéralité 5 000 que je retire à Paul. — Supposons maintenant une promesse. Nous convenons que les 20 000 francs que je vous dois vous seront payés à ma mort par Paul; comme ma dette de 20 000 francs, lors de mon décès, se divise de plein droit et par portions égales entre mes deux enfants, il est clair qu'en faisant payer le tout par Paul j'avantage Pierre de la moitié; je lui donne 10 000 francs de plus qu'à son frère dans le partage de mes biens; et comme il s'agit ici de l'arrangement des biens que je laisserai en mourant, la disposition ne pourrait se faire que par un testament ou par une donation de biens à venir (art. 1082). Que si, tout en exigeant de moi l'intérêt des 20 000 francs pendant ma vie, vous déclariez vous contenter d'un capital de 10 000 francs après ma mort, je ne pourrais pas encore mettre, par notre contrat, la totalité de ces 10 000 francs à la charge de Paul; car ce serait encore avantager Pierre de 5 000 francs dans la division du patrimoine que je laisserai en mourant.

Dans tous les cas, donc, l'enfant au détriment duquel la libéralité se trouve faite pourrait, après mon décès, faire annuler la clause qui lui porte préjudice.

441. La dernière partie de notre article ne présente aucune difficulté. Elle déclare que les droits, soit actifs, soit passifs, résultant de

nos conventions, peuvent cesser d'être transmissibles à nos héritiers ou ayants cause, 1° par la volonté expresse des parties, ou 2° par la nature même du contrat. — On peut citer comme exemples du second cas, la convention qui crée un usufruit (art. 617) ou un droit d'usage (article 631), le contrat de louage d'ouvrage (art. 1795), la communauté entre époux (art. 1441), la société (art. 1865), le mandat (article 2003), etc. Remarquons, au surplus, que le droit non transmissible peut l'être absolument, comme l'usage (qui ne peut jamais être exercé que par la personne même à laquelle il appartient, d'après l'article 631), ou ne l'être que relativement aux héritiers, comme la rente viagère ou l'usufruit (qui peuvent très-bien être aliénés par le titulaire au profit de tierces personnes). Remarquons encore qu'il faudra quelquefois interroger les circonstances pour savoir si la nature du contrat permet ou non la transmission des droits; on en a un exemple pour le commodat dans l'art. 1789.

Pour ce qui est du cas où les parties ont eu soin d'exprimer formellement que le droit ne serait pas transmissible, soit absolument, soit pour telle classe de successeurs, on devra toujours suivre l'intention des parties, puisque c'est elle qui fait la loi du contrat.

II. — 442. Maintenant que nous avons étudié nos quatre art. 1119-1122, il est facile de comprendre, ce que nous avons dit déjà, que les dispositions de ces articles n'avaient nul besoin de se trouver dans le Code, ou que, tout au plus, elles auraient dû se réduire à quelques mots placés, partie dans la section *de l'objet* des contrats, partie dans la section *de l'interprétation* des conventions.

Quant aux deux principes posés par l'art. 1119, et à chacun desquels les deux articles suivants apportent une exception, ils signifient tout simplement : 1° que celui qui promet le fait ou la chose d'un tiers, sans entendre s'obliger, ne contracte aucune obligation; qu'au contraire, celui qui les promet en s'obligeant se porte par là même garant et se soumet à des dommages-intérêts si sa promesse ne s'accomplit pas (art. 1119 et 1120); 2° que celui qui prend pour objet de sa stipulation une chose ou un fait qui n'ont d'intérêt que pour un tiers, fait un acte insignifiant (art. 1119-1121). Or, en supposant qu'il fût utile d'exprimer des règles aussi élémentaires, il est clair qu'il eût été beaucoup plus logique de supprimer ici ces quatre articles en disant d'abord, dans la section *de l'objet* des contrats, qu'il n'y a d'obligation valable que celle dont l'objet présente au créancier une utilité qu'il pourra contraindre le promettant à lui procurer (*voy.* art. 1128); et ensuite, dans la matière *de l'interprétation,* qu'on ne peut jamais voir d'obligation là où les circonstances prouvent qu'une personne a promis sans intention de se lier.

443. Remarquons en terminant qu'il ne faut pas confondre les stipulations ou les promesses qu'une personne fait 1° *en son propre nom,* et 2° *pour autrui,* avec celles qu'elle pourrait faire dans le cas de mandat ou de gestion d'affaires. Ainsi, quand mon régisseur vous vend la coupe de mon bois, il est vrai qu'il promet *pour autrui,* pour moi;

mais aussi il ne promet pas *en son propre nom,* il promet au nom d'autrui, en mon nom : il est mon mandataire, mon représentant, mon instrument, et c'est moi-même qui promets pour moi par sa bouche. Réciproquement, lorsqu'il stipule de vous le prix de la vente, il le stipule pour moi et en mon nom. Et alors même que la personne n'a pas de mandat, si cette personne n'a promis et stipulé que pour faire mes affaires (si c'est un ami, un voisin, qui s'est chargé spontanément de l'administration totale ou partielle de mes biens, que ma longue absence faisait péricliter), ici encore, on n'a stipulé ou promis pour moi qu'en mon nom, et ce n'est plus le cas de nos articles (*voy.* art. 1372 et suiv., 1984 et suiv.). Nous nous contentons ici de cette observation, dont on saisira parfaitement la portée quand nous aurons étudié les matières de la gestion d'affaires et du mandat.

SECTION II.

DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES.

1123. — Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

1124. — Les incapables de contracter sont,

Les mineurs,

Les interdits,

Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi,

Et généralement tous ceux à qui la loi a interdit certains contrats.

444. Après avoir posé en principe que la capacité de contracter appartient, de droit commun, à tous ceux qu'un texte formel ne déclare pas incapables, le Code indique quatre classes d'incapables, dont trois nous sont déjà connues : 1° les mineurs, qui se subdivisent en mineurs ordinaires et en mineurs émancipés (art. 476 et suiv.); 2° les interdits, ce qui comprend les personnes entièrement frappées par l'interdiction judiciaire (art. 489 et suiv.) ou légale (art. 26 C. pén.), et celles qui sont seulement atteintes d'une demi-interdiction, c'est-à-dire pourvues d'un conseil judiciaire (art. 499 et 513); puis 3° les femmes mariées (art. 217 et suiv.).

Les règles concernant ces trois classes d'incapables ont été suffisamment expliquées au livre Ier ; et il en résulte que les mots *dans les cas exprimés par la loi,* que les rédacteurs semblent n'appliquer qu'aux femmes mariées, s'appliquent également, sous une distinction, aux deux premières classes. On sait, en effet, que si les mineurs ordinaires et les personnes frappées de l'interdiction proprement dite sont incapables absolument, les émancipés et les personnes munies seulement d'un conseil ne le sont que dans certains cas. Quant à la femme mariée, on se rappelle qu'elle peut contracter pour son commerce quand elle est marchande publique, et pour l'administration de sa fortune quand elle est séparée de biens (art. 217, n° III).

Pour ce qui est de la quatrième classe d'incapables, elle ne com-

prend que des personnes parfaitement capables en principe, et auxquelles des textes spéciaux interdisent certains contrats à raison de circonstances particulières. C'est ainsi que le tuteur ne peut acheter ni prendre à ferme les biens de son pupille (art. 450, alin. 3), que le contrat de vente est défendu entre époux (art. 1485). (*Voy.* encore articles 1596, 1597, 1840, etc.)

445. Quoique le texte du Code mette les mineurs sur la même ligne que les interdits et les femmes mariées, et les place en premier ordre parmi les *incapables de contracter;* quoique nous-même, pour parler comme le Code et comme tout le monde, rangions toujours les mineurs sous la dénomination d'*incapables,* la vérité est cependant que ce qu'on appelle chez eux *incapacité* diffère profondément de l'incapacité des interdits et des femmes mariées, et n'est nullement une incapacité de contracter.

Qu'est-ce en effet que l'incapacité de contracter? C'est l'état de celui que la loi déclare inhabile à s'engager validement, et qui peut dès lors, en se fondant sur sa seule qualité, faire briser la convention qu'il aurait formée. Or, telle est bien la position de la femme mariée et de l'interdit; mais telle n'est pas la position du mineur, même non émancipé... Quand l'interdit est venu former par lui-même une convention, au lieu de la laisser former par son tuteur, il pourra pendant dix ans, à partir de la levée de l'interdiction, faire annuler l'acte en établissant tout simplement qu'il était interdit lorsqu'il l'a passé. De même, la femme mariée qui a contracté sans l'autorisation de son mari pourra, jusqu'à la fin de la dixième année depuis la dissolution de son mariage, faire prononcer l'annulation de ce contrat sans avoir rien autre chose à prouver que sa qualité de femme mariée au moment de la convention (art. 1304). Il en est autrement pour le mineur, même émancipé; et nous verrons sous l'art. 1305 que l'acte fait par ce mineur seul ne serait nullement attaquable pour le fait de minorité et ne pourrait être annulé qu'autant que le mineur établirait qu'il a été lésé par cet acte.

Ainsi, le mineur n'est point inhabile à s'engager, il n'est point *incapable de contracter;* il est tout simplement *restituable pour lésion.* En dehors de cette lésion et tant qu'on n'alléguera que la qualité de mineur, l'obligation resterait valable, tandis qu'elle tomberait devant la qualité de femme mariée ou d'interdit.

Cela étant, il est étrange et fâcheux que le Code, et avec lui tous les jurisconsultes, appellent toujours le mineur *incapable de contracter.* Cette expression est trop habituelle pour espérer de la voir abandonner; mais n'oublions pas que c'est là une locution très-inexacte. Tout ce qu'on peut dire, si l'on veut se rapprocher de ce langage, c'est que le mineur est *incapable de se léser par son contrat.*

1125. — Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi.

Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapa-

cité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté.

446. L'incapacité des interdits ou des femmes mariées, comme aussi la lésion qu'un mineur a pu subir par l'effet de son contrat, ne rendant pas l'acte nul, mais seulement annulable, l'annulation n'en peut être demandée que dans les délais et sous les restrictions auxquels l'action se trouve soumise (art. 1304, 1308, 1311 et 1338). Cette règle nous était bien connue déjà, et il en est de même de celle qui déclare que l'annulation ne peut être demandée que par la partie incapable, non par celle qui a contracté avec elle.

SECTION III.

DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES CONTRATS.

1126. — Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.

447. La proposition que notre article applique au contrat sera bien plus exacte si on l'applique à l'obligation qui en résulte. L'obligation, en effet, a toujours et nécessairement pour objet *quelque chose* que la partie promet de *donner,* soit dans le sens strict (transférer en propriété), soit dans le sens plus large (procurer, faire avoir), ou de faire, ou de ne pas faire : *aliquid dandum, vel præstandum, vel faciendum, vel non faciendum.* Quant au contrat, ce n'est pas toujours *un objet* qu'il aura ; il en aura souvent deux : si le contrat est synallagmatique, il crée deux obligations, et chacune de ces obligations ayant nécessairement son objet, il y aura donc plusieurs objets dans la convention. Ainsi, quand je vous vends ma maison pour 60 000 francs, la maison est l'objet de mon obligation, les 60000 francs sont l'objet de la vôtre; et ces deux objets de nos obligations réciproques se trouvent être l'un et l'autre les objets de notre contrat.

La rédaction de nos articles provient, on le voit, de la confusion faite par les rédacteurs entre le contrat et l'obligation qu'il produit, de cette idée fausse que l'obligation et le contrat sont une seule et même chose. Aussi, après avoir parlé dans les art. 1126-1128 de l'objet *du contrat,* la loi nous parle dans les art. 1128 et 1130 de l'objet *de l'obligation;* c'est synonyme pour elle. On sait qu'il n'en était pas ainsi dans le Traité de Pothier; et les diverses règles que notre section nous présente sous la rubrique *De l'objet et de la matière* DES CONTRATS, sont prises toutes dans la section où ce jurisconsulte traitait *De l'objet et de la matière* DES OBLIGATIONS (nos 120 et suiv.).

L'art. 1108, dont nos diverses sections ne sont que le développement, présente aussi des traces de cette confusion. C'est parce que, tout en parlant de la convention, les rédacteurs reportaient leur pensée sur l'obligation qu'ils n'ont exigé qu'*un objet, une cause* pour la validité du contrat, tandis que souvent il faudra plusieurs objets d'obli-

gations, et par là même plusieurs causes, puisque la cause d'une obligation se trouve être précisément l'objet de l'obligation corrélative (art. 1108, n° V).

1127. — Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat.

448. Ceci n'avait nul besoin d'être dit dans la loi : on peut prendre pour objet d'une obligation un fait quelconque, une chose quelconque, un droit quelconque sur cette chose. Que ce droit soit réel ou personnel, que ce soit l'usufruit de votre ferme, une servitude sur votre maison, ou la faculté de me servir de votre cheval pour faire un voyage, il importe peu; dès là que ce à quoi vous vous obligez peut m'être utile, c'est tout ce qu'il faut.

1128. — Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.

449. Les choses ou les faits qui, soit par leur nature, soit par la volonté formelle du législateur, se trouvent mis hors du commerce et soustraits à la disposition de l'homme, ne sauraient évidemment être acceptés par la loi comme objet d'une obligation.

Nous trouvons comme étant hors du commerce :

1° Les choses qui ne sont pas dans la nature. — Ainsi, il est clair que la promesse de livrer un cyclope ne pourrait être faite que par plaisanterie ou par absence de raison.

2° Les faits physiquement impossibles. — Ainsi, on ne pourrait pas faire, avec la pensée raisonnable de s'obliger, la promesse d'aller en un jour de Paris à Constantinople.

3° Les faits illicites, et qu'on appelle quelquefois impossibles légalement, moralement. — Les faits illicites sont ceux qui se trouvent ou prohibés par la loi, ou contraires aux bonnes mœurs, ou contraires à l'ordre public (art. 1133). Sont prohibés par la loi tous les faits frappés par une disposition pénale (les crimes, délits et contraventions). La classe des faits contraires aux bonnes mœurs, quoique se confondant en grande partie avec la précédente, s'en distingue cependant quelquefois; car il est des faits que la loi pénale n'atteint pas et que la morale publique n'en réprouve pas moins. Quant à l'ordre public, il faut entendre par là un état de choses que le législateur tient évidemment à maintenir comme utile ou même nécessaire au bien de la société : ainsi je ne pourrais pas m'obliger valablement à ne point user de mes droits électoraux.

4° Les choses du domaine public, c'est-à-dire les biens publics de l'État ou des communes (observ. prélimin. des art. 537 et suiv.). — Ainsi, les fleuves, les chemins publics, les églises ne peuvent, considérés comme tels, être l'objet de conventions particulières. Mais on pourrait très-bien faire une promesse ayant pour objet de les faire devenir biens

privés et de les procurer à ce titre : ainsi, je puis valablement m'obliger à faire déclasser un chemin communal et à vous le faire obtenir en échange de tel autre terrain ; et si je ne réussis pas, je vous devrai des dommages-intérêts.

5° Les personnes et tout ce qui concerne leur état civil. — Ainsi, je ne puis pas me vendre à un autre ; je ne puis pas, par convention, briser les droits que j'ai sur mes enfants, dissoudre mon mariage, autoriser ma femme à se séparer de moi, etc... Sans doute, certains contrats concernant l'état même des personnes sont très-licites ; mais, à la différence des conventions ordinaires, des conventions pécuniaires (qui sont toujours possibles de droit commun et ne sont interdites que par des textes exprès), ces contrats sont interdits en principe et ne deviennent valables que par exception, dans les cas et sous les conditions formellement indiqués par le législateur : tels sont le mariage et l'adoption.

6° Enfin, les choses qui sont enlevées au commerce par une disposition formelle de la loi, comme des blés en vert (L. du 3 messid. an 3), les poisons, certaines armes, et dans notre section même, les successions de personnes encore vivantes (art. 1130).

450. On voit, au surplus, que ces diverses clauses rentrent un peu les unes dans les autres. Car c'est comme contraire à la saine morale que les stipulations sur une succession future sont prohibées ; de même, c'est dans un but d'ordre public, pour la sûreté générale de l'État, que la loi défend la vente des blés en vert, des poisons, etc. (*voy.* l'explication de l'art. 6) (1).

1129. — Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

451. Cet article se trouve expliqué déjà par ce qui a été dit au numéro IV de l'art. 1108, où l'on a vu que l'objet doit être ou immédiatement déterminé, ou, du moins, déterminable, à un degré suffisant pour que le promettant soit sérieusement lié et puisse être contraint à procurer au stipulant une utilité réelle. Tel est le sens évident de ce

(1) La cession de partie d'un office ministériel ou d'une partie de ses produits est nulle. Nîmes, 7 déc. 1848 (Dev., 49, II, 629; Dall., 49, II, 203); Cass., 26 fév. 1851 (Dev., 51, I, 327; *J. Pal.*, 51, II, 24). — La clientèle d'un médecin ne peut faire l'objet d'un contrat de vente ou cession : cette clientèle dépendant de la confiance des malades est une chose hors du commerce. Paris, 29 déc. 1847 (Dev., 48, II, 64; Dall., 50, II, 193). Mais est obligatoire la convention par laquelle un médecin s'oblige envers l'un de ses confrères, moyennant une somme d'argent, à ne pas exercer la médecine dans un rayon déterminé. Angers, 28 déc. 1848 (Dev., 49, II, 105; Dall., 50, II, 193); Cass., 13 mai 1861 (Dev., 61, I, 638; Dall., 61, I, 326). — Est valable la convention par laquelle un médecin s'engage envers l'un de ses confrères, moyennant une somme d'argent, à le recommander à ses clients et à se le substituer auprès d'eux autant qu'il dépendra de sa volonté, et s'interdit en même temps l'exercice de sa profession dans un certain rayon. Paris, 6 mars 1851, 29 avr. 1865 (Dev., 51, II, 278; 65, II, 123; Dall., 51, II, 185).

texte qui, en demandant un objet déterminé *quant à son espèce,* n'entend certainement pas proscrire les obligations *de genre;* car, au fond, un genre n'est qu'une espèce par rapport à un genre plus large, et l'espèce devient un genre pour les espèces plus petites qu'elle embrasse. Il ne faudrait pas dire, par exemple, que la promesse de donner un cheval est nulle, parce que le mot *cheval* indique un genre comprenant diverses espèces de chevaux ; il ne faudrait pas dire non plus que la promesse de donner *un quadrupède* sera valable, parce que c'est une espèce du genre animal... Encore une fois, toute espèce est genre, et réciproquement; et ce que la loi entend exiger, c'est une espèce ou genre suffisamment déterminés; ce qu'elle entend proscrire, c'est le genre tellement illimité et laissant une telle latitude, que le promettant ne pourrait être contraint à rien d'utile.

C'est dans ce principe, comme nous l'avons dit déjà, que rentre cette seconde règle de l'art. 1119, que je ne puis pas stipuler une chose ou un fait qui ne devraient profiter qu'à un tiers, attendu que l'objet de la promesse ne me présenterait, à moi, aucune utilité, et que je n'aurais pas d'intérêt, pas d'action pour en poursuivre l'exécution.

1130. — Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

452. Les choses qui n'existent pas encore, mais qui doivent exister plus tard, peuvent très-bien être l'objet d'une promesse; ainsi, je puis vous vendre la récolte que mon champ produira l'année prochaine. Mais la loi fait exception à ce principe quand la chose future est une succession; et l'art. 791 nous a déjà déclaré qu'on ne peut faire aucun pacte sur la succession d'une personne encore vivante, même dans un contrat de mariage, malgré la faveur d'un tel acte. C'est là, on le sait, une dérogation à notre ancienne jurisprudence; et notre article veut que, contrairement au droit romain, de pareilles stipulations ne deviennent pas même possibles par l'assentiment du *de cujus.* On connaît, au surplus, les dérogations que posent à cette prohibition les art. 761 et 1082.

SECTION IV.

DE LA CAUSE.

453. Notre section, d'après la rubrique et la marche du chapitre, s'occupe de la cause *de la convention,* et c'est en effet l'expression dont va se servir l'art. 1132, tandis que l'art. 1131 parle de la cause *de l'obligation.* C'est toujours la suite de la confusion faite par les rédacteurs entre le contrat et l'engagement qu'il fait naître. Cette circonstance, en ce qui concerne notre chapitre, n'a rien de bien grave; et il nous suffit de faire remarquer ici, comme nous l'avons fait pour l'*objet* des obligations, que si l'*obligation* n'a besoin que d'une cause, le *contrat,* au con-

traire, doit souvent en avoir plusieurs, attendu que souvent il présente plusieurs obligations.

La cause de l'obligation, au surplus, c'est, ainsi qu'on l'a dit au nº V de l'art. 1108, le motif immédiat de l'engagement; c'est l'avantage que me procure l'autre partie, dans tous les contrats à titre onéreux (soit synallagmatiques, soit unilatéraux), et le désir de rendre service, dans les contrats de bienfaisance. Si le contrat à titre onéreux est synallagmatique, la *cause* de chaque obligation se trouve dans l'*objet* de l'autre obligation (1).

1131. — L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

454. Notre texte déclare dépourvue de tout effet, et dès lors nulle radicalement, toute promesse faite 1° sans cause, ou 2° sur une fausse cause, ou 3° sur une cause illicite.

Il ne peut y avoir de promesse sans cause que celle d'un fou ou d'une personne qui, par une circonstance quelconque, se trouverait actuellement privée de toute raison; il est clair que, quand une personne jouissant de son bon sens déclare s'obliger à me payer une somme d'argent, elle a un motif quelconque pour le faire, ne fût-ce que le désir de me faire un cadeau. La prétendue obligation sans cause ne serait donc pas nulle seulement pour défaut de cause, pour absence de la quatrième condition exigée par l'art. 1108, mais aussi pour absence de la première condition, du consentement, pour inexistence du contrat qui devait faire naître l'obligation. Mais cette première partie de notre article peut s'appliquer, sans aucune hypothèse de déraison, pour une cause future ou du moins successive.

Ainsi, quand je vous loue votre maison pour trois ans et qu'elle se trouve brûlée au bout de six mois, il est clair que mon obligation de vous payer le loyer ayant pour cause la jouissance que vous devez me procurer, cette obligation cessera pour défaut de cause dès le moment du sinistre. De même, si j'ai promis de vous payer 500 francs votre récolte de blé, et qu'une inondation fasse totalement manquer cette récolte, mon obligation sera encore nulle pour absence de cause. Il en serait autrement, bien entendu, dans ce dernier cas, si je vous avais acheté

---

(1) M. Taulier, dans sa *Théorie du Code civil*, enseigne que la cause d'un contrat n'est jamais que *la chose en retour de laquelle une autre chose est promise;* d'où il tire cette conséquence, très-logique en effet, que *la donation est un contrat sans cause!!!* D'après ce prétendu principe, il faudrait dire aussi que les contrats de mandat, de commodat, de dépôt, se forment *sans cause!* — Ce qu'il y a de plus étrange, c'est que l'auteur lui-même nous dit ailleurs que *le contrat sans cause* est *nul de plein droit*, qu'*il n'a pas même une existence précaire*, qu'il est *le néant absolu!* Si la donation, le mandat, etc., sont des contrats sans cause, et que le contrat sans cause soit le néant, il n'y a donc pas de donation légalement possible, pas de mandat, pas de dépôt, etc...

Une autre idée du même professeur, c'est qu'il n'existe pas de contrats unilatéraux : tous les contrats, dit-il, sont synallagmatiques; tous contiennent des obligations réciproques!... (IV, p. 255, 286 et 437.)

De pareilles idées ne se réfutent pas.

non pas précisément la récolte, mais la chance d'une récolte, et que nous eussions fait ainsi un contrat aléatoire; car alors c'est cette chance d'avoir beaucoup, peu ou rien, qui a été la cause de mon engagement.

455. Lorsque la cause existe bien dans la pensée du promettant, mais qu'elle n'a rien de réel vu l'erreur de celui-ci; en d'autres termes, quand il y a fausse cause, l'obligation est encore radicalement nulle. Ainsi, quand nous convenons que je vous livrerai tant d'hectolitres de blé à la place de la somme d'argent que le testament de mon père me charge de vous payer, et que je découvre ensuite un testament postérieur révoquant votre legs, mon obligation se trouve nulle pour fausse cause, pour défaut de cause réelle. En effet, ma promesse de vous livrer du blé avait pour cause, dans ma pensée, l'extinction de mon obligation de payer la somme léguée; mais puisque, en réalité, l'obligation de payer cette somme n'existait pas, il n'y a donc pas eu d'extinction, et dès lors ma promesse de vous donner du blé n'a jamais eu de cause.

Quand la cause existe réellement, mais qu'elle est illicite, l'obligation est encore sans existence légale. On comprend bien que la cause est illicite quand elle est contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à l'ordre public (art. 1133) (1).

1132. — La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

456. Lorsqu'on rédige un écrit pour constater une obligation, il n'est pas nécessaire, pour que cette obligation soit valable, que l'écrit en exprime la cause; pourvu que cette cause existe et qu'elle soit licite, c'est tout ce qu'il faut. Du reste, cette absence d'indication de la cause dans l'acte ne peut se présenter que pour un contrat unilatéral; car, dans une convention synallagmatique, les causes des obligations réciproques se trouveront exprimées par l'indication même du contrat qu'on a entendu faire. Ainsi, quand nous constatons par écrit que je vous vends mon cheval pour 500 francs, nous indiquons par cette seule phrase et l'objet et la cause de nos deux obligations; car mon obligation a pour objet le cheval, et pour cause votre dette de 500 francs, comme votre obligation a pour objet les 500 francs et pour cause l'obtention de mon cheval.

Mais si, dans un contrat qui ne crée qu'une obligation et pour lequel on conçoit très-bien que l'écrit n'exprime pas la cause de cette obligation (par exemple, lorsqu'on s'est contenté d'écrire : Je m'oblige à payer telle somme à N. à telle époque), si, disons-nous, ce défaut d'expression de la cause est indifférent quant à la validité de l'obligation, est-il également indifférent quant à la preuve de cette même obligation? Cet écrit qui n'indique pas la cause sera-t-il un titre suffisant pour

(1) Une obligation exprimant une fausse cause n'en est pas moins valable si elle a une cause réelle et licite. Caen, 9 avr. 1853, 13 mai 1854 (Dev., 54, II, 470; 55, I, 751; Dall., 54, II, 189; 54, I, 248).

le créancier; ou bien ce créancier sera-t-il tenu d'établir en outre l'existence de la cause qui n'est pas indiquée?... C'est là un point très-controversé, et pour lequel un texte exprès aurait été beaucoup plus utile que pour celui dont s'occupe notre article. Ce point, au surplus, présentant une question de preuve et non pas une question de validité, ce n'est pas ici le lieu de le traiter; nous l'examinerons au chapitre *De la Preuve* (art. 1315, n° IV) (1).

1133. — La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

457. Les développements présentés sous les art. 6 et 1128 nous dispensent d'entrer dans aucun détail sur la portée de cette disposition. Faisons seulement observer qu'un fait parfaitement licite en lui-même peut devenir illicite par cela même qu'il est pris pour cause d'une obligation, et rendre par là l'obligation nulle. Ainsi, rien n'est plus licite que le fait d'un juge qui prononce l'acquittement d'un accusé innocent. Mais pourtant si le juge et l'accusé étaient convenus que celui-ci, pour prix de son acquittement futur, payera 500 francs au premier, il est clair que l'obligation serait nulle pour cause illicite; car il est immoral de se faire payer pour accomplir un devoir. Il en serait de même du dépositaire qui stipulerait de moi une somme d'argent pour me restituer la chose que je lui avais confiée (2).

Pour que la cause de mon obligation et l'objet de la vôtre n'aient rien d'illicite, il ne suffit donc pas que le fait qui les constitue soit permis; il faut qu'il ne soit que permis et non pas obligatoire par lui-même. Car si ce fait vous est déjà imposé par la loi ou la morale, ce sera de votre part une immoralité de n'y consentir qu'à prix d'argent.

458. Lorsque la cause de mon obligation ne se trouvera ainsi être licite que de la part de celui envers lequel je me suis obligé, il est clair que je pourrai me faire restituer ce que j'aurais payé en exécution d'une telle promesse, aussi bien que je le pourrais après l'exécution d'une

---

(1) Jugé que c'est au débiteur à prouver que l'obligation n'a réellement aucune cause, et non au créancier à prouver la réalité de la cause. Cass., 16 août 1848; Nîmes, 17 déc. 1849; Cass., 9 fév. 1864 (Dev., 49, I, 113; 50, II, 118; 64, I, 107; Dall., 48, I, 193; 52, II, 69; 64, I, 211. *Conf.* Larombière (sur l'art. 1132, n° 4).

(2) Est nulle, comme ayant une cause illicite, l'obligation souscrite au profit d'une concubine pour la déterminer à continuer ses relations coupables avec l'obligé. Cass., 2 fév. 1853 (Dev., 53, I, 428; Dall., 53, I, 57); Cass., 26 mars 1860 (Dev., 60, I, 321; Dall., 60, I, 255). Mais est valable l'obligation consentie au profit d'une concubine, alors que cette obligation a pour objet la réparation d'un dommage réellement éprouvé par elle, et que, d'ailleurs, la somme promise n'a rien d'exagéré. Grenoble, 23 janv. 1864 (Dev., 64, II, 222). — Est nulle, comme fondée sur une cause illicite, l'obligation souscrite pour rémunération de la négociation d'un mariage. Poitiers, 9 mars 1853; Cass., 1er mai 1855; Paris, 3 fév. 1859, 8 fév. 1862 (Dev., 53, II, 653; 55, I, 337; 59, II, 295; 62, II, 377; Dall., 53, II, 211; 55, I, 147; 59, II, 112). — La séduction, lorsqu'elle n'a pas les caractères d'une simple séduction ordinaire, peut, en certains cas, être le principe d'un engagement licite et obligatoire. Cass., 26 juill. 1864 (Dev., 65, I, 33; Dall., 64, I, 347); Bordeaux, 14 déc. 1864 (Dev., 65, II, 5); Nancy, 25 fév. 1865 (Dev., 65, II, 169); Rouen, 15 janv. 1865 (Dev., 65, II, 169). *Voy.* cependant Paris, 10 janv. 1865 (Dev., 65, II, 5).

obligation sans cause ou sur fausse cause. Mais s'il y avait immoralité, opposition aux bonnes mœurs ou à la loi, de la part de chacune des parties, le promettant qui a exécuté pourrait-il revenir sur son exécution? Beaucoup de jurisconsultes, suivant ici la doctrine du droit romain et de Pothier, répondent négativement. La loi, disent-ils, ne peut pas venir au secours d'un délinquant, elle ne peut pas admettre une action que le réclamant ne motive que par son fait illicite : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Donc, de même que le stipulant ne peut pas invoquer l'autorité pour faire exécuter, de même le promettant ne peut pas l'invoquer pour annuler l'exécution accomplie. La loi, dans tous les cas, restera étrangère à de tels actes, et les choses resteront toujours dans l'état où elles se trouveront.

Nous ne saurions adopter ce système, qui nous paraît aussi contraire à l'intérêt social qu'au texte de la loi. Notre Code, à la différence du droit romain, ne permet pas qu'on s'enrichisse jamais aux dépens d'autrui; il ne veut pas qu'on puisse jamais garder le bien qui appartient à d'autres. Aussi l'art. 1376 déclare-t-il de la manière la plus absolue que quiconque reçoit ce qui ne lui est pas dû est obligé à le restituer, sans distinguer pourquoi ni comment a été livrée la chose qui n'était pas due; tandis que le droit romain ne permettait la répétition à celui qui avait payé indûment qu'autant qu'il l'avait fait par erreur : *Si quis indebitum ignorans solvit, condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (D., l. 12, t. VI, 1). Il ne faut donc pas argumenter ici du droit romain; et du moment qu'un bien n'a été livré qu'en exécution d'une obligation nulle, et dès lors sans être dû, le juge ne peut pas se dispenser, en face de l'art. 1376, d'en ordonner la restitution. La doctrine contraire, dont quelques arrêts ont fait l'application à la répétition de la partie du prix d'offices ministériels convenue en dehors du traité ostensible, est enfin repoussée aujourd'hui par la jurisprudence (1).

459. Remarquons en terminant que le défaut de cause ou d'objet (de cause ou d'objet réels, sérieux et licites), aussi bien que le défaut de consentement, ne rendant pas seulement l'obligation annulable (comme les simples vices du consentement ou de l'incapacité), mais l'empêchant de se former, il n'y aura jamais lieu à ratifier une pareille obligation; car on ne confirme pas ce qui n'existe point : *quod nullum est confirmari nequit; quod nullum est nullum producit effectum*. La capacité du promettant et telles qualités dans le consentement des parties sont des conditions essentielles à la *validité* seulement de l'obligation; mais

(1) Paris, 1er mars 1844; Cass. d'un arrêt de Rouen, 30 juill. 1844; Rej., 1er août 1844; Caen, 12 fév. 1845; Rej., 17 déc. 1845; Cass. d'un arrêt de Metz, 5 janv. 1846; Rej., 10 fév. 1846; Paris, 5 déc. 1846; Paris, 12 janv. 1847; Riom, 10 mai 1847; Rej., 26 déc. 1848; Rej., 3 janv. 1849 (Dev., 45, I, 582, II, 307; 45, I, 584; 46, I, 116, 118 et 137; 47, II, 228; 49, I, 29 et 282). — *Adde :* Cass., 28 mai 1856; Metz, 29 mars 1859 (Dev., 56, I, 587; 59, II, 540). — L'action en répétition peut être exercée contre le tiers cessionnaire du supplément du prix. Bordeaux, 9 nov. 1863 (Dev., 64, II, 115). *Contrà :* Si l'acquéreur s'est reconnu depuis le transport débiteur de l'intégralité du prix et n'a fait aucune réserve lors de la notification de ce transport. Cass., 12 déc. 1859 (Dev., 60, I, 129; Dall., 60, I, 92).

l'existence du consentement, l'objet et la cause sont des conditions essentielles à sa *formation* même.

CHAPITRE III.

DE L'EFFET (DES CONVENTIONS ET) DES OBLIGATIONS.

460. Nous avons dit déjà, dans les observations préliminaires de ce titre, que notre chapitre III, sous cette rubrique inexacte *De l'effet des obligations,* s'occupe tantôt de l'effet *des obligations,* et tantôt de l'effet *des contrats,* deux choses qu'on ne doit pas confondre. Comment, en effet, prendre pour une seule et même chose l'effet de la convention et l'effet de l'obligation, alors que l'obligation n'est elle-même, du moins la plupart du temps, qu'un effet de la convention?... 1° Créer des obligations, 2° éteindre des obligations, 3° transférer la propriété ou ses démembrements : tels sont les effets de la convention, du contrat (art. 1101, 1234 et 1138). Quant aux effets de l'obligation, ils consistent uniquement à permettre au créancier d'employer les moyens légaux 1° pour contraindre son débiteur à lui procurer ce à quoi il est tenu, ou 2° pour se le faire procurer par d'autres (s'il y a lieu) aux frais de ce débiteur, 3° ou comme dernière ressource, pour obtenir de lui des dommages-intérêts.

Et si l'obligation ne produit jamais les effets du contrat, le contrat réciproquement ne produit pas non plus les effets de l'obligation. Sans doute, puisque le contrat peut produire l'obligation elle-même, il peut donc entraîner après lui les effets de cette obligation; mais, d'abord, il ne les amènera que comme conséquences ultérieures et non comme les engendrant par lui-même; en second lieu, le contrat peut bien exister sans faire naître aucune obligation et en ne produisant que des extinctions d'obligation, ou des transmissions de droits réels; puis enfin, si l'obligation et par suite ses effets peuvent résulter du contrat, ils peuvent aussi venir d'une tout autre source : d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ou de la loi même. Ainsi, d'un côté, les effets du contrat ne peuvent jamais être produits par l'obligation. Et quant aux effets de l'obligation, ils existeront souvent sans qu'il y ait eu aucun contrat; réciproquement, un contrat pourra exister sans qu'il y ait aucun effet d'obligation; et dans le cas même où cet effet descendrait d'une obligation, il n'en serait toujours qu'une conséquence médiate et éloignée; il serait là, non pas comme effet du contrat, mais comme effet de l'obligation, laquelle aurait toujours produit cet effet, alors même qu'elle n'aurait pas eu le contrat pour principe.

461. Rien n'est donc moins exact, moins logique, que la rubrique de notre chapitre; et il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit ici tout à la fois 1° de l'effet des contrats ou conventions, et 2° de l'effet des obligations (conventionnelles ou non).

Nous traiterons séparément de l'effet des conventions dans un

mière partie, qui présentera le commentaire des sections I, V, VI, et d'une partie de la section II; puis de l'effet des obligations dans une *seconde partie*, qui contiendra l'explication du reste de la section II et celle des sections III et IV.

462. *On voit que nous apportons dans ce chapitre III une profonde interversion à l'ordre du Code; mais, pour faciliter la recherche isolée d'un texte, nous avons mis à la fin du chapitre, en avant de l'article* 1168, *un tableau indiquant les numéros où se trouvent les différents articles.*

PREMIÈRE PARTIE DU CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES CONVENTIONS.

SECTION PREMIÈRE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1134. — Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

SOMMAIRE.

I. La convention oblige les parties comme ferait une loi, mais elle ne constitue pas une loi; et sa fausse interprétation ne donne point ouverture à la cassation.

II. Le consentement mutuel ne peut résoudre la convention que pour l'avenir; mais la résolution peut avoir lieu rétroactivement pour les causes indiquées par la loi. Conséquences.

III. Notre Code n'admet pas de contrats *stricti juris*.

I. — 463. Le premier alinéa de notre article, en disant que les conventions *tiennent lieu de loi* à ceux qui les ont faites, n'entend certainement pas dire qu'elles soient pour eux des lois proprement dites; il signifie seulement que ces conventions forment une règle à laquelle les parties sont tenues de se soumettre comme à la loi même.

On ne comprend pas que des jurisconsultes aient pu prendre à la lettre ces expressions pour en conclure que le jugement rendu en dernier ressort qui aurait mal interprété une convention aurait fait par là même fausse application *d'une loi*, et devrait être cassé pour cette cause!... Ce serait évidemment faire de la Cour suprême un troisième degré de juridiction.

Comme l'a très-bien dit Henrion de Pansey, le procès, devant la Cour de cassation, n'existe plus précisément entre les parties, mais *entre l'arrêt attaqué et la loi*. C'est la loi d'une main et l'arrêt de l'autre, qu'il s'agit de prononcer : ces deux éléments sont les seuls qu'il y ait à comparer. Ainsi, quand il résulte d'un arrêt que le contrat apprécié par la Cour d'appel était une vente, et que l'arrêt a appliqué les

principes de la vente, il n'y a pas lieu de parler de cassation, quand même les termes de l'acte (non rapportés dans l'arrêt) ou d'autres circonstances prises en dehors de l'arrêt démontreraient que ce contrat était un louage. Sans doute, si un arrêt, en appliquant à un contrat les règles de la vente, indiquait lui-même des caractères prouvant que ce contrat n'était qu'un louage, il devrait être cassé ; car alors il résulterait de la comparaison faite entre le texte de l'arrêt et le texte du Code, qu'on a faussement appliqué les règles du titre *De la Vente* et violé celles du titre *Du Louage*. Mais tant qu'il ne résulte pas *de l'arrêt lui-même* que cet arrêt a mal interprété tel ou tel *texte de la loi,* fût-il clair comme le jour qu'il a mal interprété les conventions des parties, il n'y a qu'un mal jugé ; car, évidemment, les conventions ne sont pas des lois. — Ces principes, que la Cour suprême parait avoir oubliés quelquefois, ont été consacrés par elle le 31 décembre 1835, sur les conclusions du savant avocat général Nicod, et telle est aussi la doctrine des auteurs (1).

II. — 464. Le deuxième alinéa de l'article, quand il dit que les conventions peuvent être *révoquées* par le *consentement mutuel* des parties, doit s'entendre avec discernement. Révoquer une convention, ce serait, rigoureusement parlant, l'anéantir rétroactivement, de telle sorte qu'elle fût censée n'avoir pas été faite ; or, le consentement mutuel des parties ne peut pas produire ce résultat. Il peut bien éteindre les obligations créées, ou retirer les droits réels qu'on avait transférés ; mais il ne peut pas faire que ces obligations ou ces droits n'aient pas existé. Ainsi, quand je vous ai vendu ma maison moyennant 50 000 francs, nous pouvons bien anéantir les effets du contrat pour l'avenir ; mais il sera toujours vrai que vous avez été propriétaire de la maison et que j'ai été votre créancier de 50 000 francs. Si donc, dans l'intervalle de la vente que je vous ai faite à la revente que vous me consentez, vous avez concédé des servitudes sur la maison, elles subsisteront ; et si, de mon côté, j'ai transporté à un tiers une partie de votre créance, vous resterez débiteur de ce tiers pour cette partie. Ainsi, tout ce que peut faire le consentement mutuel, c'est de retransférer les droits réels ou d'éteindre les obligations consenties par la première convention.

465. Notre alinéa se trouve rigoureusement exact, au contraire, quand il dit que les conventions peuvent être révoquées pour les causes que la loi autorise. Ainsi, quand je fais résoudre ma vente soit pour incapacité, soit pour violence, soit pour l'inexécution de votre engagement (art. 1184), soit pour toute autre cause, le contrat est censé n'avoir jamais eu lieu : la maison, légalement, est restée mienne, et les servitudes ou autres droits réels dont vous avez pu l'affecter s'évanouissent ; votre dette de 50 000 francs est effacée rétroactivement, et la cession totale ou partielle que j'aurais pu en faire reste non avenue.

III. — 466. A Rome, comme on sait, l'effet des conventions dépen-

---

(1) Dev., 36, I, 189. — Toullier (VI, 193) ; Duranton (X, 479 et 380) ; Zachariæ (I, p. 74).

dait souvent de règles rigides, de formules mathématiques, dont la conséquence pouvait être d'obliger civilement celui qui ne devait évidemment rien, ou réciproquement; en sorte que le résultat le plus exactement conforme au droit devenait souvent le plus profondément inique : *summum jus, summa iniquitas*. Il n'en était autrement que dans une certaine classe de contrats, dont les actions permettaient au juge de prononcer, non d'après les principes rigoureux du droit civil, mais d'après les règles de l'équité, *ex fide bonâ, ex æquo et bono,* et se nommaient pour cela *actions de bonne foi,* par opposition aux *actions de droit strict*.

Le Code Napoléon, dans notre troisième alinéa, pose comme principe fondamental que la bonne foi devra toujours présider à l'exécution des conventions. Il n'y a donc pas chez nous d'actions de droit strict; il n'y a plus de ces règles, de ces formules, dont la rédaction doive l'emporter sur la volonté des contractants: le juge doit toujours prononcer *ex æquo et bono,* en recherchant par tous les moyens possibles quelle a été la commune intention des parties, pour donner tout son effet à cette intention. — L'article suivant n'est que le développement de cette idée.

1135. — Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

467. Ce n'est là, on le voit, que l'explication de cette idée, que les conventions doivent s'apprécier de bonne foi et recevoir tous les effets qu'il a été dans l'intention des parties de leur donner. Cette intention, ce n'est pas seulement dans les termes de l'écrit constatant la convention qu'il faut la chercher; c'est aussi dans les principes de l'équité, dans l'usage du pays, dans les règles générales de la loi, auxquelles les parties n'auraient pas manqué de déroger par une déclaration expresse, si elles n'avaient pas entendu s'y conformer.

Ce principe, qu'il faut toujours rechercher la commune intention des contractants, nous conduit naturellement à étudier ici la section de notre chapitre relative à l'interprétation des conventions. Il est évident, en effet, que cette section ne peut être que le développement de ce principe.

1136. — *Voy.*, pour l'indication de la page où se trouve cet article, le petit tableau placé en avant de l'art. 1168.

SECTION V.

DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS.

1156. — On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

1157. — Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit

plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

468. On ne s'amuse pas à dresser des actes pour ne rien dire. Ainsi (et c'est l'exemple donné par Pothier, dans le Traité duquel ont été copiées toutes les règles de notre section), quand un acte dit que « Pierre et Paul sont convenus que ledit Paul passera *sur ses héritages* », quoique le sens grammatical soit que Paul pourra passer sur ses propres héritages, on ne s'arrêtera pas à cette idée; car il est évident qu'on ne fait pas une convention pour passer sur son propre terrain. On reconnaîtra donc que Paul a stipulé le droit de passer sur les héritages de Pierre. Ce sera l'application de notre article, qui veut que, de deux sens, on choisisse celui qui donne un effet à la clause; et aussi de l'article précédent, qui veut qu'on s'attache plutôt à l'intention qu'au sens littéral des termes.

1158. — Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat.

469. On suppose ici des termes présentant deux sens dont chacun donnerait effet au contrat. Ainsi, je prends votre maison à loyer pour neuf ans *moyennant* 300 francs : sera-ce 300 francs une fois payés, ou bien 300 francs par an? Il est clair que la nature de notre contrat, le fait qu'il s'agit d'un louage et non d'une vente, prouverait en général que c'est 300 francs par an. Mais ajoutons avec Pothier qu'il en serait autrement si les circonstances indiquaient l'idée contraire, et que s'il s'agissait, par exemple, d'une petite propriété qui n'a jamais été louée plus de 30 à 40 francs par an, la somme de 300 francs serait le prix unique des neuf années de bail.

On voit donc que nos diverses règles se résument dans cette règle unique, qu'il faut rechercher l'intention des parties, et qu'en définitive elles sont toutes dominées par elle.

1159. — Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.

1160. — On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

1161. — Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

470. Ces trois articles ne demandent aucune observation. Quant aux deux premiers, l'art. 1135 nous avait déjà dit que l'usage doit être consulté non-seulement pour éclaircir les clauses de l'acte, mais même pour les compléter (1). Quant au dernier, il est clair que ce n'est pas

---

(1) La disposition de l'art. 1159 s'applique aux assurances maritimes comme à

en isolant les uns des autres les phrases ou membres de phrases d'un écrit qu'on peut avoir la pensée de son rédacteur.

1162. — Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

471. Cette règle appartient bien moins à la matière de l'interprétation qu'à la matière de la preuve : ce n'est rien autre chose que l'application de ce principe de droit et de raison : *Actori incumbit probatio*... Vous me prétendez obligé envers vous, vous apportez un acte à l'appui de votre prétention ; mais cet acte, après qu'on a épuisé tous les moyens d'interprétation, n'établit pas votre prétendu droit, il laisse le juge dans le doute : eh bien ! *dans le doute,* on ne vous donnera pas gain de cause. Ou bien encore, vous alléguez que je suis obligé pour 1 200 fr. d'une part, et pour 800 d'autre part, et vous n'établissez votre droit que jusqu'à concurrence des 1 200 francs ; comme on est dans le doute pour les 800, on ne vous les accordera pas ; car, pour ces 800, vous n'avez pas fait votre preuve. C'est là ce que signifie l'article quand il dit que *dans le doute,* c'est-à-dire *à défaut de preuve,* on prononcera contre le prétendu créancier et en faveur du prétendu débiteur.

472. Et cette règle, mal présentée et mal placée dans notre matière, s'appliquerait aussi, bien entendu, au cas inverse : dans le doute sur l'extinction d'une obligation, on jugerait contre le débiteur et en faveur du créancier. Ainsi, il est bien reconnu que vous me deviez 1 000 fr. ; vous présentez un acte duquel vous prétendez faire résulter que vous êtes libéré ; mais l'examen et l'interprétation de cet acte ne donnent pas la preuve de cette prétendue libération, et on reste dans l'incertitude sur ce point : vous serez condamné à me payer. Que si vous justifiez d'une libération partielle, vous serez condamné à me payer le surplus. En effet, l'art. 1315, le premier du chapitre *De la Preuve,* commence par nous dire, et avec raison, que si « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, réciproquement, le débiteur qui se prétend libéré doit justifier l'extinction de son obligation. »

1163. — Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

473. C'est une règle de bon sens qu'une proposition ne doit jamais s'interpréter que *secundum subjectam materiam.* Ainsi, quand nous transigeons sur les difficultés que fait naître entre nous le partage d'une

---

tous autres contrats. Cass., 4 janv. 1854, 24 avr. 1854 (Dev., 56, I, 339 ; Dall., 54, I, 318 et 388).

En matière de vente de marchandises, l'acheteur est tenu de payer, en dehors du prix convenu, les gratifications d'usage qui sont réputées avoir été tacitement stipulées. Cass., 15 fév. 1860 (Dev., 60, I, 955 ; Dall., 60, I, 403).

succession et que je déclare vous abandonner *tous mes droits généralement quelconques,* moyennant les 20 000 francs que vous me compterez, il est bien clair qu'on ne dira pas que j'ai cédé tous les droits qui composent mon patrimoine, mais seulement ceux qui sont relatifs à la succession dont il s'agit.

1164. — Lorsque, dans un contrat, on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

474. La maxime *qui dicit de uno, de altero negat ; inclusio unius fit exclusio alterius,* est quelquefois vraie, mais elle est souvent fausse, et tout le monde sait que l'argument *à contrario* est loin d'être toujours sûr. Lors donc que le droit commun fixe l'étendue d'une obligation, et que les contractants ont précisé un des cas d'application, soit parce qu'il leur paraissait plus douteux que les autres, soit parce qu'ils y attachaient plus d'importance, soit pour toute autre raison, on n'en pourra pas conclure qu'ils ont entendu rejeter les autres cas, si quelque circonstance ne le démontre pas.

On voit que cet article, comme le précédent, comme la section tout entière, se résume à dire qu'il faudra, par tous les moyens possibles, rechercher l'intention des parties ; et que cette règle générale, et la seule qui soit absolument vraie, devra quelquefois faire écarter telle ou telle des règles particulières que nous venons d'examiner.

475. Les deux sections I et V, que nous venons d'étudier, et dont la seconde n'est que la conséquence et le développement du dernier article de la première, se rapportent, on le voit, à la matière des contrats, et c'est en effet dans cette matière des contrats que Pothier avait placé toutes les règles que ces deux sections reproduisent (*De l'effet des contrats,* n[os] 85-90 ; *Règles pour l'interprétation des conventions,* n[os] 91-102).

476. Nous avons maintenant, pour continuer ce qui concerne l'*effet des conventions,* à expliquer un principe fort important qui n'existait pas du temps de Pothier : nous voulons parler de la translation des droits réels, c'est-à-dire de la propriété ou de ses démembrements, par l'effet des conventions. Une partie seulement de la section II de notre chapitre est consacrée à cette matière (art. 1136, 1138 *en partie,* 1140 et 1141) ; le reste (art. 1137, 1138 *en partie,* et 1139) rentre dans les *effets des obligations,* et nous ne nous en occuperons que plus loin, dans la seconde partie du chapitre.

1165. — *Voy.* la petite table qui précède l'art. 1168 (n° 539).

SECTION II.

(Art. 1136, 1138 en partie, 1140 et 1141.)

DE L'OBLIGATION DE DONNER (C'EST-A-DIRE DE LA CONVENTION DE TRANSFÉRER LA PROPRIÉTÉ).

1136. — L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier.

477. Par *obligation de donner,* notre article entend l'*obligation de transférer en propriété un corps certain.*

Et d'abord, il ne s'agit que de l'obligation de *donner* dans le sens technique de ce mot, *dare,* transférer la propriété, et non pas la donner à un titre quelconque, et dans le sens large de ce mot, *præstare*. C'est évident, ce nous semble, malgré la doctrine contraire de M. Demante (*Prog.,* II, 567), puisque cette obligation de donner emporte avec elle, d'après notre article, une obligation de livrer qui, d'après l'article 1138, *rend le créancier propriétaire.*

Il n'est pas moins évident qu'il ne s'agit pas de l'obligation de transférer en propriété un objet quelconque, mais seulement de transférer en propriété *un corps certain;* puisque cette même obligation emporte aussi celle de conserver la chose jusqu'à la livraison, et que cette obligation de conserver ne peut, par la force même des choses, s'appliquer qu'à des objets certains et déterminés *in ipso individuo*. Ainsi, quand je m'oblige à vous livrer dans huit jours *un cheval* de telle race, de tel âge, etc., il est clair que mon obligation sera exactement remplie dès là que je vous livrerai *un cheval* présentant les qualités indiquées, peu importe où je l'aurai pris, et que cette obligation ne m'imposera aucune nécessité de vous conserver quoi que ce soit; car je n'ai peut-être pas à moi un cheval semblable à celui que je vous promets, et quand j'en aurais un, mon obligation ne m'astreint pas à vous livrer celui-là plutôt que tout autre. Que si, au contraire, je me suis obligé à vous livrer tel cheval que vous avez vu dans mon écurie, il est évident que je suis tenu de le conserver jusqu'à la livraison, puisque c'est lui et non un autre que vous avez stipulé de moi : si, dans ce cas, je le laissais périr ou s'enfuir par défaut de soins, je me mettrais ainsi par ma faute dans l'impossibilité d'exécuter mon obligation, et je vous devrais des dommages-intérêts.

478. Il ne s'agit donc dans notre article que de l'obligation de transférer la propriété d'un corps certain, *obligatio dandi certum corpus*. Or, nous allons voir par l'art. 1138 (n° V, *in fine*) que la propriété des corps certains se transfère aujourd'hui par l'effet direct et immédiat de la *convention;* de telle sorte que l'obligation de la transférer ne peut pas même se former. L'obligation de transférer la propriété d'un corps certain, *obligatio dandi corpus certum,* n'est plus possible sous le Code Napoléon; et l'*obligation* de donner, dont parlent notre

article et la rubrique de la section, n'est dès lors rien autre chose que la *convention* de donner : c'est encore un résultat de la synonymie si fâcheuse que les rédacteurs ont établie entre les mots *convention* et *obligation*.

Ainsi donc, notre article revient à dire que la *convention* de transférer la propriété d'une chose individuellement déterminée crée de plein droit deux obligations : celle de faire livraison de la chose, et celle de la conserver jusqu'à cette livraison.

479. Que la convention crée ainsi de plein droit et sans qu'il soit besoin de le dire les deux obligations dont il s'agit, c'est une conséquence toute simple de ce principe que les conventions doivent s'exécuter de bonne foi et qu'elles obligent à toutes les suites que l'équité donne à l'obligation (art. 1134 et 1135).

Quant aux conséquences de ces obligations de livrer et de conserver, et aux dommages-intérêts que peut entraîner leur inexécution, on voit que ceci rentre dans l'*effet des obligations*, et que ce n'est pas ici, dès lors, le lieu d'en traiter. Cependant, comme le Code, par une théorie subtile que nous allons indiquer bientôt, admet deux espèces de livraisons (la livraison fictive ou tradition de droit, qui s'opère par le consentement même, et la livraison réelle ou tradition de fait), et que la première n'est définitivement rien autre chose que la convention même, ou du moins la conséquence immédiate de cette convention, c'est ici que nous devons développer celle-ci, qui fait l'objet de l'article 1138.

1137. — *Voy.*, à la fin du chapitre, la petite table du n° 539.

1138. — L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

SOMMAIRE.

I. Mauvaise rédaction de cet article, qui, au moyen d'une théorie bizarre, consacre au fond la translation de la propriété par le seul consentement.

II. Inexactitude de l'interprétation donnée à l'article par Toullier, M. Duranton et les autres auteurs.

III. La pensée intime du législateur a été qu'une tradition serait toujours nécessaire, mais que cette tradition serait purement fictive et résulterait de plein droit du consentement même.

IV. Preuves de cette théorie et interprétation de l'article. — Par *obligation parfaite*, la loi entend *obligation consommée* par le transport de la propriété : réfutation de la doctrine contraire de M. Duranton, M. Demante, etc.

V. Critique de la théorie subtile et routinière des rédacteurs. Résultat définitif de l'article.

I. — 480. La rédaction de cet article est aussi vicieuse, aussi déplorable que le fond de sa pensée est important. Quant au fond, en effet,

il ne s'agit rien moins que de consacrer le principe, tout nouveau dans le monde, du transport de la propriété, par le seul effet du consentement, par la seule volonté des parties, et sans aucune nécessité de tradition. Or, on voit que la tournure entortillée du texte est loin d'exprimer nettement cette idée. L'article dit bien que l'*obligation de livrer* (c'est-à-dire, ainsi qu'on vient de le voir sous l'art. 1136, l'obligation de faire la tradition d'un corps certain dont on est convenu de transférer la propriété) *rend le créancier propriétaire, encore que la tradition n'ait pas été faite;* mais il semble vouloir atténuer ou même détruire la portée de cette proposition, en disant que cet effet ne sera produit qu'*à l'instant où la chose a dû être livrée,* ce qui paraît réduire l'idée à ceci, que la tradition sera toujours nécessaire, mais que seulement elle sera censée faite quand le moment où l'on devait la faire sera arrivé... Et puis, que veut-on dire quand on déclare que l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement? Entend-on que le consentement suffit pour que cette obligation soit régulièrement formée? Mais, alors, on parle pour ne rien dire; car il n'est pas une seule obligation qui ne soit dans le même cas... Pourquoi encore ce mélange, dans une même phrase, de la question de translation de propriété avec la question des risques?... Que dire enfin de cette restriction, *à moins que le débiteur n'en fût en demeure,* qui semblerait porter sur les deux objets de la disposition, tandis qu'elle ne porte que sur la question des risques, comme le prouvent bien, du reste, les derniers mots de l'article, *auquel la chose reste aux risques de ce dernier?...* C'est ici surtout, comme on va le voir, qu'on a lieu de déplorer ce défaut de méthode si fréquent chez les rédacteurs, et la confusion qu'ils ont faite, dans tout notre titre, entre l'obligation et le contrat qui l'engendre.

II. — 481. Les auteurs sont d'accord entre eux, et avec la doctrine que nous professons nous-même, sur le résultat définitif de notre article. Ils reconnaissent bien que le Code, brisant ici avec les anciennes traditions, consacre vraiment l'idée du transport de la propriété par le seul consentement et sans tradition. Mais ils ne sont pas également d'accord sur la manière d'interpréter l'article; et aucun d'eux, selon nous, n'a saisi la véritable pensée des rédacteurs.

Delvincourt et Toullier (VI, 202) enseignent que les mots *dès l'instant où la chose a dû être livrée* signifient, *dès l'instant où a existé le devoir, l'obligation de livrer la chose.* M. Duranton (X, 417) regarde ces mots comme ne se rapportant nullement aux mots *elle rend le créancier propriétaire,* et il présente ces derniers comme formant une phrase à part et indépendante de tout le reste de l'article. Or, il est certain que ces deux interprétations sont fausses; il est certain que les rédacteurs ont entendu parler, non pas de l'instant où la livraison *a été due,* mais de l'instant où la livraison a dû *se faire;* et il n'est pas moins certain qu'ils ont entendu appliquer l'idée à la question de propriété aussi bien qu'à la question des risques. Pour prouver cette double assertion et réfuter ainsi du même coup les deux systèmes contraires,

il suffit de citer ces paroles de l'un des rédacteurs devant le Corps législatif : « Il n'est pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré *comme* PROPRIÉTAIRE *aussitôt que l'instant où la livraison* DOIT SE FAIRE *est arrivé.* » (Fenet, t. XII, p. 230.) — Quant à M. Zachariæ (I, p. 430), il indique le résultat de l'article sans rien dire des difficultés que ses termes font naître.

Ainsi, depuis quarante ans que notre article existe, son interprétation exacte est encore à donner; et elle est d'autant plus nécessaire que des jurisconsultes très-distingués soutiennent encore que le Code n'a nullement changé les anciens principes sur notre matière, et que c'est toujours par la tradition effectuée que la propriété se transfère dans les contrats. Et il faut convenir, en effet, que les explications arbitraires données jusqu'ici de notre art. 1138 laissent cette thèse bien facile à soutenir.

Tâchons donc, par la combinaison des divers textes du Code, et surtout par l'examen des travaux préparatoires, de bien saisir la pensée que cache ce texte, formulé vraiment à la manière des réponses de la Sibylle; et occupons-nous uniquement ici de la translation de la propriété, en reportant la question des risques dans notre *deuxième partie,* parmi les effets *des obligations.*

III. — 482. Les rédacteurs du Code étaient hommes de pratique bien plus que jurisconsultes à théories exactes, comme on le voit à chaque page de leurs travaux et comme notre titre le prouverait de reste à lui seul (1). Ils n'ont pas osé formuler franchement le principe nouveau qu'ils introduisaient; disons mieux, ils n'ont pas osé s'avouer à eux-mêmes l'innovation bien réelle qu'ils accomplissaient, et ils l'ont réalisée sans presque s'en apercevoir. Ceci peut paraître étrange tout d'abord; mais rien n'est cependant plus simple : car la jurisprudence antérieure au Code, quoique contraire en principe à la translation de la propriété sans le secours de la tradition, en était cependant bien près dans le fait; et les rédacteurs, pour consacrer cette règle (non dans la forme, mais dans la réalité), n'avaient plus qu'un pas à faire, et ils l'ont fait. Expliquons-nous.

Le droit romain n'avait jamais admis que le contrat, le consentement dûment manifesté, pût transférer la propriété ou un droit réel quelconque; il créait seulement l'obligation de transférer, *obligationem dandi,* et c'était par la tradition, qui se faisait en exécution de cette obligation, que la propriété se trouvait transmise. Notre ancienne jurisprudence avait admis cette même doctrine *en principe;* mais elle la modifiait singulièrement *dans le fait,* en admettant une tradition feinte, que les parties pouvaient toujours opérer à leur gré sans autre condition que de déclarer qu'elles le voulaient ainsi. Par exemple, lorsque, en vous vendant ma maison pour ne vous la livrer que dans trois mois,

---

(1) Bien d'autres parties du Code témoignent de cette vérité. On sait, par exemple, que l'art. 1607 et la rubrique du chapitre VIII *De la Vente* parlent DE DROITS INCORPORELS, et que l'art. 1567, parlant de la remise des écrits, des actes instrumentaires qui constatent l'existence de créances, la qualifie de *restitution* DES CONTRATS !

six mois ou un an, je déclarais m'en dessaisir de droit à l'instant et ne la posséder désormais qu'en votre nom, cette déclaration, appelée clause de *constitut et de précaire* ou de *dessaisine-saisine,* vous transférait la propriété dès l'instant même, quoique la tradition ne dût se faire qu'à l'expiration des trois mois, des six mois, ou de tout autre terme (Pothier, n° 151; *Vente,* n° 321). On voit donc que, tout en conservant comme principe l'idée que la propriété ne se transmet que par la tradition, l'ancienne jurisprudence permettait aux parties de la transférer, quand il leur plairait, par la seule force de leur volonté.

Du moment qu'on admettait que le simple consentement peut transférer la propriété, et qu'il la transfère en effet quand les parties déclarent le vouloir, il était tout simple d'arriver à dire qu'il la transmettrait toujours : c'était répondre aux besoins et aux mœurs du temps; car il est bien certain que, chez nous, les gens du monde ont toujours regardé la vente, par exemple, comme transférant immédiatement à l'acheteur la propriété de l'objet vendu. Les rédacteurs du Code ont donc pu adopter cette idée, et l'ont adoptée en effet, sans se croire des novateurs : ils n'ont donc pas entendu créer un système nouveau, mais étendre et compléter le système introduit avant eux.

Ainsi, la tradition est toujours nécessaire; mais c'est une tradition fictive et résultant de plein droit du consentement qui constitue la convention. — Telle est, en deux mots, la théorie du Code, théorie bizarre assurément (puisque sa seconde partie n'est rien moins que le renversement de la première), mais qui exprime la vraie pensée des rédacteurs et qui va nous faire comprendre facilement la rédaction de notre article 1138.

IV. — 483. Cet article dit d'abord que *l'obligation de livrer la chose* EST PARFAITE *par le seul consentement;* et cette première proposition nous paraît présenter un sens que les interprètes n'ont pas saisi.

Delvincourt, Toullier, M. Duranton, M. Zachariæ (*loc. cit.*) et aussi M. Demante (*Prog.,* II, 570) pensent que cet alinéa signifie tout simplement que l'obligation de livrer *se forme,* comme toute autre obligation, par le consentement. Or, c'est là, selon nous, une erreur certaine, et qui trouve sa réfutation soit dans le rapport de notre article avec les deux articles précédents, soit dans son analogie avec les articles 938 et 1583, soit enfin dans les travaux préparatoires du Code.

Non, on n'a pas voulu dire que le consentement suffit pour *former* l'obligation de livrer la chose; on a voulu dire que ce consentement suffirait désormais pour *consommer* l'obligation, pour lui faire produire immédiatement son effet; on a entendu que, par le seul consentement et à l'instant même, l'obligation se trouverait *accomplie* en droit (sauf à être exécutée plus tard en fait); on a entendu, enfin, exprimer cette idée indiquée plus haut, que le seul consentement de livrer produirait instantanément *la tradition fictive* qui opère la translation de propriété.

La preuve qu'on ne s'occupe pas ici de la formation de l'obligation, de ce qui doit la faire exister, c'est que notre article, dans l'ordre d'idées des rédacteurs, arrive à un moment où cette obligation existe déjà. L'ar-

ticle 1136 a commencé par dire que l'obligation de donner emporte de plein droit avec elle celle de livrer et celle de conserver; l'art. 1137 a expliqué les *effets* de l'obligation de conserver; puis le nôtre et les suivants viennent expliquer les *effets* de l'obligation de livrer. Comment ces rédacteurs suspendraient-ils le cours de leurs idées pour nous dire que l'obligation dont ils parlent se forme par le consentement, alors qu'ils supposent cette obligation préexistante et découlant de plein droit et forcément de l'obligation de donner (art. 1136)?... S'ils avaient voulu exprimer cette idée, par trop évidente en vérité, c'est dans l'article 1136 qu'ils l'auraient dit, pour l'obligation de *donner*, puisque c'est elle qui, disent-ils, emporte après elle celle de conserver et celle de livrer, et que, quand elle est formée, les deux autres sont formées par cela même...

Et notre doctrine ne devient-elle pas palpable quand on se reporte à l'art. 938 et à l'art. 1583? — L'art. 938 nous dit aussi que *la donation sera* PARFAITE *par le seul consentement;* et il entend si bien par là que le consentement par lui seul consommera la donation et produira *une tradition fictive* suffisante, qu'il ajoute : « et la propriété sera transférée *sans qu'il soit besoin* D'AUTRE TRADITION. » Nous savons même (art. 938, n° I) que le projet disait : sans qu'il soit besoin d'autre tradition *que celle qui résulte du consentement* », et que ces derniers mots ont été retranchés comme formant pléonasme avec le commencement de l'article. — L'art. 1583, à son tour, au titre *De la Vente,* nous dit qu'elle sera *parfaite* dès que les parties seront d'accord, et c'est encore pour exprimer cette idée qu'elle sera légalement consommée et que le consentement emportera la tradition de droit. C'est certain, puisqu'on ajoute : « quoique la chose n'ait pas été livrée (réellement et en fait). » Ce *quoique* n'existerait pas s'il ne s'agissait que de la formation du contrat; car on n'aurait pas pu avoir l'idée de faire remarquer que le défaut de tradition réelle n'empêche pas le contrat de se former. Il est trop évident que la tradition réelle n'est que l'exécution de ce contrat et le suppose préexistant : ce qu'il était utile de dire, et ce qu'on a dit, c'est que le défaut de tradition n'empêchera pas le contrat de se consommer par la translation de la propriété.

S'il pouvait rester des doutes sur le sens que les rédacteurs ont attaché à ces termes de *vente parfaite, donation parfaite, obligation parfaite,* ils seraient levés par les explications que ces rédacteurs eux-mêmes ont données devant le Corps législatif. — M. Bigot, l'un d'eux, disait de notre article : « C'est le consentement qui *rend parfaite* l'obligation de livrer la chose. Il n'est *donc* pas besoin de tradition *réelle* pour que le créancier *doive être considéré comme* propriétaire. » (Fenet, t. XII, p. 230.) Ainsi, c'est parce que le consentement rend l'obligation de livrer *parfaite,* c'est-à-dire *consommée* et fictivement accomplie, que la propriété se transmet immédiatement; c'est parce que le consentement contient en soi la tradition feinte, qu'il n'est pas besoin de *tradition réelle;* c'est parce qu'il n'y a qu'une tradition fictive, et que le créancier ne serait pas propriétaire si on s'en tenait aux principes rigou-

reux, qu'on se contente de dire qu'*il sera considéré comme* l'étant. Tout ceci est parfaitement logique, tandis que chacune de ces idées deviendrait un non-sens si, par obligation *parfaite*, le législateur avait entendu simplement une obligation *régulièrement formée*. — Un autre rédacteur, M. Portalis, disait sur l'art. 1583 : « On décide dans le projet que la vente EST PARFAITE QUOIQUE *la chose vendue n'ait pas encore été livrée*... Dans les premiers âges, il fallait tradition, occupation corporelle, pour *consommer* le transport de propriété... dans les principes de notre droit français, *le contrat suffit... le contrat* EST CONSOMMÉ *dès que la foi est donnée*... Le système du droit français est plus raisonnable que celui du droit romain. Il est encore plus favorable au commerce : il rend possible ce qui ne le serait souvent pas, *si la tradition matérielle était nécessaire pour rendre* LA VENTE PARFAITE. » C'est certes assez clair. Mais voici qui l'est plus encore : « Il s'opère par le contrat UNE SORTE DE TRADITION CIVILE *qui consomme le transport des droits*, et qui nous donne action *pour forcer la tradition réelle*. » (Fenet, t. XII, p. 230 ; t. XIII, p. 112 et 113.)

484. Et puisque le sens bien certain de notre premier alinéa est que, par le seul consentement, l'obligation de livrer se trouve fictivement accomplie et la livraison réputée faite, le deuxième alinéa signifie donc que le créancier devient propriétaire *dès l'instant où a dû se faire, ou est censée s'être faite, la livraison fictive* (c'est-à-dire dès la réalisation même du consentement), et quoique la tradition *réelle* n'ait point été faite. Ainsi, dans le cas d'une vente faite à six mois de terme, il ne faudrait pas dire que l'acheteur deviendra propriétaire à l'instant où la chose *devra être livrée*, c'est-à-dire à l'expiration des six mois ; car il ne s'agit pas ici de l'instant où doit se faire la tradition réelle, mais, encore une fois, de l'instant où doit se faire, où est de plein droit réputée se faire la tradition civile, qui découle immédiatement de la convention même. C'est donc au moment du contrat que l'acheteur devient propriétaire dans les ventes à termes comme dans les autres.

V. — 485. Mais si c'est le consentement même qui parfait, qui accomplit l'obligation de livrer, si c'est lui qui réalise de plein droit et toujours une tradition fictive, déclarée suffisante, et après laquelle la tradition réelle n'a plus rien à faire pour la translation de la propriété, rien n'est donc plus subtil, plus bizarre, et en définitive plus faux, que la théorie du Code... Au lieu de dire tout simplement que la convention même de donner, le simple accord des volontés, transfère la propriété immédiatement et sans tradition, voyez par quelle filière d'idées les rédacteurs passent pour arriver au même résultat.

1° La convention de donner, d'abord, crée l'obligation ; 2° cette obligation (de donner) emporte avec elle celle de livrer, de faire la tradition ; 3° c'est l'accomplissement de cette obligation, en d'autres termes, c'est la tradition, qui transférera la propriété ; 4° mais cette tradition n'a pas besoin d'être réelle, car le consentement contient par lui-même et de plein droit une tradition fictive produisant le même effet ; 5° c'est cette tradition fictive qui opère la translation du droit

réel, toutes les fois que la tradition matérielle n'accompagne pas la convention.

Telle a été la marche des rédacteurs. N'osant pas parler en législateurs et procédant comme les préteurs romains, qui n'enlevaient jamais à un principe du droit civil sa réalité qu'en lui conservant une existence nominale, ils ont maintenu en théorie, tout en la supprimant de fait, la nécessité de la tradition. Et il est vrai que ces rédacteurs, imbus de l'idée de la nécessité d'une tradition, n'ont pas su la repousser de leur esprit, alors qu'ils la rejetaient réellement; il est si vrai qu'ils ont entendu suivre et compléter l'ancien système, et non le détruire, qu'on ne trouve rien dans les travaux préparatoires qui fasse allusion à un changement de principes sur ce point. Au contraire, nous venons de voir M. Portalis présenter sa théorie comme résultant des *principes de notre droit français,* et M. Favart, dans son Rapport au Tribunat, après avoir analysé notre article et déclaré notamment que « le créancier est propriétaire du moment que le consentement a formé le contrat », ajoute que « ces principes ont été consacrés *de tout temps* parmi nous. » (Fenet, t. XIII, p. 320.)

486. Mais en laissant de côté les subtilités des rédacteurs et le circuit d'idées en tête duquel ils placent le principe de la tradition pour le repousser à la fin, il n'est pas moins certain, évident, que c'est aujourd'hui le consentement même, l'accord des volontés, en d'autres termes, la *convention,* qui transfère la propriété. En vain on dirait, comme le Code, que la convention crée comme effet direct l'obligation de donner, que celle-ci engendre à son tour l'obligation de livrer, et que c'est cette dernière qui, par son exécution fictive, opère la transmission. Tout ceci, évidemment, est aussi ridicule qu'inexact. — Car, d'abord, l'obligation de donner (*dandi*), alors même qu'elle peut prendre naissance, n'est pas distincte de l'obligation de livrer: les obligations de donner, de livrer, de transférer (du moment qu'il est entendu qu'il s'agit de faire avoir la propriété), ne sont évidemment qu'une seule et même chose. Aussi le Code lui-même, après avoir dit dans l'art. 1136 que l'obligation de donner emporte celle de livrer, finit par reconnaître qu'il n'y a pas là deux obligations, puisqu'il parle dans l'art. 1140 de l'obligation *de donner ou de livrer* un immeuble, puis dans l'art. 1141 de l'obligation *de donner ou de livrer* une chose mobilière. — Mais bien plus, cette obligation de donner ou de livrer en propriété, en un mot, *obligatio dandi,* ne peut plus aujourd'hui, dans le cas que le Code suppose ici, c'est-à-dire dans les conventions ayant pour objet un corps certain, ne peut plus, disons-nous, exister ni se concevoir... Quand je vous vends mon cheval pour 500 francs, il est bien impossible que la vente me mette dans l'obligation de vous transférer la propriété du cheval, puisqu'elle vous a été transférée, et que j'ai cessé de l'avoir, dès que la convention a été arrêtée; la seule obligation dont je sois tenu, et dont je puisse être tenu, c'est de vous *délivrer* le cheval, d'en faire la *délivrance,* la remise matérielle, la tradition réelle (art. 1603-1617). Ce n'est donc pas par l'effet d'une

obligation (car cette obligation est impossible) que la propriété sera transmise ici ; c'est par l'effet immédiat du contrat. Aussi avons-nous vu M. Portalis et le tribun Favart nous dire (*loc. cit.*) que « le contrat est consommé, par le transport de la propriété, *dès que la foi est donnée* », c'est-à-dire dès que la convention est arrêtée, et que « le créancier est propriétaire *dès que le consentement a formé le contrat.* » — C'est pour cela que nous avons placé notre article parmi les effets *des conventions*, et non parmi les effets *des obligations*.

1138, 2e part., et **1139**. — *Voy.* la petite table du n° 539.

1140. — Les effets de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre *De la Vente* et au titre *Des Priviléges et Hypothèques.*

487. Au moment où ils posaient dans l'art. 1138 le principe nouveau de la translation de propriété par le consentement seul, par la convention même, les rédacteurs n'étaient pas encore fixés sur la portée qu'ils lui donneraient vis-à-vis des tiers ; c'était seulement pour la propriété des choses mobilières qu'ils entendaient l'admettre absolument et pour les tiers aussi bien que pour les contractants. Quant à la propriété des immeubles, les membres du Conseil ne savaient pas encore, lors de la discussion de notre titre, à quel système de transmission ils la soumettraient par rapport aux tiers. Continuerait-on le régime de la loi de brumaire an 7, sous lequel la propriété des immeubles n'était opposable à ces tiers que par la transcription sur le registre du conservateur des hypothèques de l'acte d'aliénation ? Ou bien abandonnerait-on ce système de publicité de la transmission, et permettrait-on pour les immeubles comme pour les meubles une translation occulte s'opérant *erga omnes* par le seul effet du consentement ? C'était là une question sur laquelle on n'était pas d'accord, et que l'on convint de réserver pour la discuter plus tard. Notre article, on le voit, n'a pour but que d'indiquer ce renvoi, puisqu'il se contente de dire que l'effet de l'obligation de transférer la propriété d'un immeuble sera réglé aux titres *De la Vente* et *Des Hypothèques*.

Voyons de suite comment ce point important a été fixé.

488. Au titre *De la Vente*, on ne décida pas encore la question. On admit bien, comme on l'a déjà vu, que la tradition ne serait pas nécessaire, mais on ne s'occupa pas de la question de transcription ; on admit bien que le simple consentement transférerait la propriété dans les rapports du vendeur à l'acheteur, mais on ne s'occupa pas des tiers, de ceux avec lesquels ce vendeur pourrait contracter après avoir déjà vendu : « La vente est parfaite *entre les parties,* dit l'art. 1583, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur *à l'égard du vendeur,* dès qu'on est convenu de la chose et du prix. » La question se trouva donc réservée encore pour le titre *Des Hypothèques,* où elle fut enfin tranchée.

L'art. 91 du projet de ce titre portait que « les actes translatifs de

propriété (immobilière) qui n'auraient pas été transcrits ne pourraient être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur »; et l'article 92 ajoutait que « l'immeuble, *au moyen de la transcription*, passerait au nouveau propriétaire... » (Fenet, t. XV, p. 346.) C'était, on le voit, reproduire le système de publicité de la loi de brumaire. Mais lors de la discussion, l'art. 91, soutenu par MM. Treilhard et Jollivet, fut vivement attaqué par MM. Maleville et Tronchet (*ibid.*, p. 386-391); et sur le renvoi à la section de législation, celle-ci supprima cet art. 91; puis, dans l'art. 92 (devenu 191, et qui est le 2182e du Code), elle substitua aux mots : « *l'immeuble (au moyen de la transcription) passe* au nouveau propriétaire », ceux-ci : « le *vendeur transmet* à l'acquéreur... » (*Ibid.*, p. 407.) La nécessité de la transcription se trouva donc définitivement rejetée par l'adoption de ce dernier état du projet.

Postérieurement à la promulgation du Code Napoléon, l'art. 834 du Code de procédure est venu consacrer de nouveau ce système de la translation absolue de la propriété des immeubles par le seul consentement de l'aliénateur et de l'acquéreur, et sans aucune nécessité de transcription. Cet article, en effet, tout en étendant au delà des limites fixées par le Code Napoléon le droit, pour les créanciers hypothécaires, de faire inscrire leurs hypothèques, et en leur permettant de prendre encore l'inscription après l'aliénation jusqu'à la transcription, et même pendant la quinzaine qui suit cette inscription, n'accorde cependant cette faculté qu'aux créanciers *ayant hypothèque antérieurement à l'aliénation*.

Ainsi donc, une fois que l'aliénation de l'immeuble est consentie, et quoique l'acte n'en soit pas transcrit, des tiers ne peuvent acquérir aucun droit sur l'immeuble du chef de l'aliénateur; en d'autres termes, c'est par la convention même, par le simple concours des volontés que s'accomplit, pour les immeubles comme pour les meubles, la translation complète et absolue de la propriété (1). — Ce principe, toutefois, souffre exception dans deux cas qui nous sont déjà connus : 1° dans les donations entre-vifs (art. 939, n° III), et 2° dans les substitutions, alors même qu'elles sont faites par testament (art. 1069). La transcription est alors indispensable pour que la propriété soit opposable aux tiers.

1141. — Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux

---

(1) La loi du 23 mars 1855 sur la transcription est venue modifier ces principes. La transcription, qui n'était pas nécessaire sous l'empire du Code Napoléon pour la transmission de la propriété à l'égard des tiers, est aujourd'hui indispensable : ainsi, la transmission de propriété immobilière n'est parfaite à l'égard des tiers que lorsque la transcription a eu lieu. — « Jusqu'à la transcription, porte l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois. »

Voy. le commentaire des art. 2106 et suiv., et 2182, au titre *Des Hypothèques*, nos 252 et suiv., 310 et suiv., et 1288.

qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

489. Lorsque le propriétaire d'un objet mobilier l'aliène d'abord au profit d'une première personne, et que, avant de le lui avoir livré, il va frauduleusement le transférer à une autre personne aux mains de laquelle il le remet, cette seconde personne, parce qu'elle a été mise en possession, demeure propriétaire de la chose au préjudice du premier acquéreur. Telle est la règle de notre art. 1141.

Delvincourt, Toullier (IV, 61, et VII, 205) et M. Zachariæ (I, p. 430) concluent de la disposition de cet article que la translation de la propriété des choses mobilières ne s'accomplit à l'égard des tiers que par la tradition réelle, et que le principe nouveau de l'art. 1138 ne s'applique que dans les rapports de l'aliénateur et de l'acquéreur. Mais cette doctrine, rejetée par M. Demante (II, 573) et M. Duranton (X, 431), et que nous avons critiquée déjà sous l'art. 712 (n° I), n'est qu'une erreur facile à démontrer.

Si la propriété des choses mobilières ne se transmettait, relativement aux tiers, que par la tradition, l'acquéreur second en date, mais à qui la tradition a été faite, aurait donc traité avec une personne encore propriétaire quant à lui, et son acquisition dès lors serait toujours valable, soit qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi. La circonstance que le second acquéreur n'est déclaré propriétaire qu'autant que sa possession est de bonne foi, ruine donc entièrement le système que nous combattons.

En vain on essayerait d'échapper à cet argument en disant que le second acquéreur, mis en possession, devient en effet propriétaire, en principe, aussi bien quand il est de mauvaise foi que quand il est de bonne foi ; mais que, dans le premier cas, sa propriété se résout devant la réclamation du premier acquéreur, par une sorte d'action en rescision qui serait une application de l'art. 1167... Cette interprétation divinatoire serait également insoutenable. Nous verrons, en effet, que la rescision de l'art. 1167 ne peut avoir lieu que dans le cas d'insolvabilité de l'aliénateur. Or, notre article n'exige nullement, pour que le premier acquéreur puisse enlever la chose à l'acquéreur subséquent et de mauvaise foi, que l'aliénateur soit insolvable, tandis que Pothier, écrivant alors que la tradition était nécessaire, expliquait bien que le premier acquéreur ne pouvait faire rescinder l'acquisition du second qu'autant que l'aliénateur *n'était pas solvable* lors de cette dernière acquisition (n[os] 152 et 153).

490. Et maintenant, la véritable pensée de notre article, pensée que nous avions indiquée déjà sous l'art. 712, se trouve clairement indiquée par la règle de l'art. 2279, dont le nôtre n'est qu'une application, puisque cet article pose en principe que, pour les choses mobilières, la simple possession, même instantanée, pourvu qu'elle soit de bonne foi, procure immédiatement la prescription.

Si donc vous êtes propriétaire du meuble que vous avez acheté et reçu de bonne foi de celui qui me l'avait antérieurement vendu, vous l'êtes par une prescription qui vient briser mon droit de propriété. Il arrive alors ce qui arriverait si vous aviez acheté et reçu ma chose d'un dépositaire auquel je l'aurais confiée.

La translation de la propriété par le seul effet de la convention et sans aucun besoin de tradition s'applique donc, même à l'égard des tiers, aux meubles aussi bien qu'aux immeubles (1).

1142 et suiv. — *Voy.* la petite table du n° 539.

SECTION VI.

DE L'EFFET DES CONVENTIONS A L'ÉGARD DES TIERS.

1165. — Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article **1121**.

491. Les conventions ne peuvent, en principe, ni profiter ni nuire aux tiers; elles n'ont d'effet que pour nous et nos ayants cause quelconques : héritiers, donataires, acheteurs, créanciers, etc. Quand, par une convention, j'augmente ou diminue ma fortune, il est clair que si vous devenez mon héritier, mon représentant universel, vous subirez comme moi-même la diminution, ou profiterez de l'augmentation résultant de mon contrat. Il en sera de même si je vous fais mon légataire ou mon donataire universel ou à titre universel. Quand, après avoir concédé une servitude sur mon immeuble, je vous le vends, il est évident que la servitude aura son effet contre vous; au contraire, vous profiteriez de la servitude active que j'aurais stipulée. Si je vous transporte la créance que j'ai acquise, il est clair qu'elle vous profitera; et si, au contraire, vous vous soumettez à acquitter l'obligation que j'ai contractée, cette obligation vous liera comme elle me liait moi-même. C'est que, dans ces différents cas, vous n'êtes pas pour moi un tiers, un étranger; vous êtes mon représentant à un titre quelconque, mon remplaçant, mon ayant cause, *habes meam causam*. Nous n'avons pas besoin de rappeler ici qu'une personne n'est pas un tiers relativement à son mandataire ou à son gérant d'affaires. Quand je fais une convention en votre nom, c'est vous-même qui êtes censé l'avoir faite par mon ministère, je n'ai été que votre instrument.

Notre article indique, comme exception à la règle que les conventions ne profitent pas aux tiers, le cas de l'art. 1121. Nous avons vu, en effet, que cet article me permet de faire, comme condition d'une donation dont je vous gratifie ou d'une convention que j'arrête avec vous,

---

(1) *Conf.* Bourges, 25 janv. 1841 (Dev., 41, II, 624). *Voy.* aussi Douai, 5 fév. 1848; Dijon, 27 juin 1864 (Dev., 48, II, 742; 64, II, 183); Larombière (art. 1141, n° 18); Aubry et Rau (III, § 349, p. 236).

une stipulation au profit d'une autre personne, stipulation qui ne pourra plus être révoquée quand cette personne aura déclaré vouloir en profiter. Or, cette personne n'est pas mon mandant. Elle n'est pas non plus mon ayant cause, et le droit ne frappe pas sur moi-même pour passer ensuite de moi à elle; il tombe sur elle directement. Elle est donc vraiment un tiers, et cependant elle profite du contrat. C'est donc une véritable exception au principe de notre art. 1165.

Pothier indiquait encore, et avec raison, comme faisant exception à notre principe, le cas de concordat. En effet, le concordat consenti envers un débiteur par la majorité de ses créanciers lie les créanciers en minorité, malgré leur refus (C. com., art. 507), quoiqu'ils ne soient évidemment ni les mandants ni les ayants cause des autres, mais bien des tiers. Le Code, qui n'a pas cru devoir parler de cette exception, très-réelle cependant, va nous présenter à tort comme ayant ce caractère d'exception la disposition des deux articles suivants.

1166. — Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

SOMMAIRE.

I. Cette règle est une conséquence des art. 2092 et 2093, et ne fait point exception à l'article précédent. — Sous quelles conditions le créancier peut agir. Doit-il se faire subroger au débiteur? Dissidence entre la Cour suprême et les auteurs.

II. Qu'est-ce que la loi entend par droits exclusivement attachés à la personne? — Réfutation de la doctrine de Toullier.

I. — 492. Les art. 2092 et 2093 déclarent que « quiconque s'est obligé, est tenu sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir », et que « les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, qui peuvent s'en distribuer le prix entre eux. » Tout créancier a donc le droit, à défaut d'exécution, d'agir sur les biens quelconques de son débiteur pour obtenir la somme d'argent qui fait l'objet de sa créance ou qui doit lui servir de dommages-intérêts. Or, les droits et actions appartenant à une personne, soit qu'ils proviennent de conventions ou de toute autre source, font partie de son patrimoine et constituent des biens. Les créanciers auront donc leur gage sur ces droits et actions comme sur les autres biens du débiteur; et ils pourront exercer ces droits et actions pour se payer.

Ce n'est pas là, au fond, une exception au principe que nos conventions ne profitent pas aux tiers. Car le créancier, qui profite de ma convention en exerçant le droit ou l'action que cette convention crée, n'est pas un tiers; il est mon ayant cause, puisqu'il a un droit de gage sur tous les biens qui viennent entrer dans mon patrimoine : *habet meam causam,* il me représente et participe avec moi à la propriété de tout ce que je possède, à l'effet d'obtenir son payement (1).

(1) L'action intentée par les créanciers comme exerçant les droits de leur débi-

Ainsi, quand mon débiteur est lui-même créancier de Paul, et qu'à l'échéance de ma créance il n'exécute pas, je pourrai agir moi-même en son nom contre Paul. Quand mon débiteur a vendu un immeuble avec faculté de le racheter (art. 1659), je pourrai, sous la même condition, intenter moi-même l'action de réméré, pour faire rentrer le bien dans le patrimoine de ce débiteur et le faire vendre à un meilleur prix. Il en est ainsi, en principe et sauf l'exception dont nous parlerons bientôt, de tous les droits et actions que mon débiteur peut avoir.

493. Le créancier, bien entendu, ne peut exercer le droit ou l'action que sous la triple condition que sa créance est échue, que le débiteur n'y satisfait pas, et que ce débiteur refuse d'exercer lui-même le droit ou l'action pour en donner le profit au créancier. Mais, dans cette circonstance même, pourra-t-il agir directement, ou bien devra-t-il (si le débiteur ne lui transporte pas son droit ou ne le fait pas son mandataire à l'effet d'agir) se faire autoriser par la justice? La Cour de cassation tient pour la négative et décide que notre article permet au créancier d'agir *de plano* et sans aucun besoin de se faire subroger, tandis que tous les auteurs, sans exception, enseignent le contraire. Il est même à remarquer que M. Demante, qui, pour tous les points qui paraissent controversables, pose seulement les questions sans les résoudre (en renvoyant à son cours oral pour la solution), dit ici nettement : « *Il faut bien se garder* de voir là le pouvoir immédiat de se saisir des droits et actions du débiteur... Quant à l'exercice direct des droits et actions, *il est évident* qu'il ne peut passer aux créanciers, sans cession du débiteur, que par un jugement. » (1)

Dans ce conflit si profond entre la jurisprudence et la doctrine, nous croyons que la vérité est du côté de cette dernière, et la nécessité d'une subrogation conventionnelle ou judiciaire nous paraît résulter clairement soit des principes généraux, soit des traditions historiques. — Quand notre art. 1166 permet au créancier d'exercer directement et par lui-même les droits de son débiteur, il n'édicte pas une règle isolée dans le Code; sa disposition n'est qu'une application du principe général des art. 2092 et 2093, déclarant que *quiconque s'oblige oblige tous ses biens,* et que *tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers.* Les droits et actions d'un débiteur étant une partie de son patrimoine, ces droits et actions répondent de ses dettes ni plus ni moins

---

teur n'a pas pour effet de dessaisir celui-ci de ses droits et de lui enlever la faculté d'en disposer sans fraude; par suite, le débiteur peut, pendant l'instance suivie par ses créanciers comme exerçant ses droits, transiger sur ces mêmes droits hors la présence de ces créanciers, et cette transaction, ainsi que les payements qui en ont été la conséquence, sont opposables aux créanciers, pourvu qu'ils aient été faits sans fraude et qu'ils n'aient pas pour but d'éluder leurs réclamations. Cass., 18 fév. 1862 (Dev., 62, I, 415; Dall., 62, I, 248).

(1) Rej., 23 janv. 1849; Rej., 2 juill. 1851 (Dev., 49, I, 193; 51, I, 593); Angers, 25 août 1852; Grenoble, 9 janv. 1858; Guadeloupe, 9 avr. 1858; Bourges, 21 mai 1859 (Dev., 52, II, 587; 59, II, 172; 61, I, 257; 60, II, 432; Dall., 53, II, 69; *J. Pal.*, 53, II, 292; 59, 710; 61, 761; 60, 1182). *Sic* Larombière (I, p. 700); Massé et Vergé (III, § 554, note 1). — *Contrà :* Proudhon (*Usufr.*, IV, 2237 et 2238); Rolland de Vill. (*Rép.*, v° Dr. personn., n° 28); Demante (*Prog.*, II, 596); Dalloz (*Dict.*, v° Obligat., n° 769); Zachariæ (II, p. 332); Aubry et Rau (III, § 312, p. 78 et note 2).

que ses autres biens, et le créancier, dès lors, n'a ni plus ni moins de droits sur cette espèce de biens que sur toute espèce. Donc, puisque le droit de gage imparfait conféré par les art. 2092 et 2093 ne donne au créancier que la faculté de se faire autoriser par justice à prendre les biens pour s'en payer, cette faculté est donc la seule qui découle, pour les droits et actions, de notre art. 1166, et le créancier, dès lors, ne pourra agir directement par lui-même, à défaut de cession par le débiteur, que quand il y sera autorisé par jugement. La preuve que le législateur a bien regardé notre article comme une application du principe des art. 2092 et 2093 est écrite dans l'Exposé même des motifs. On y lit, en effet, que « si les créanciers doivent être admis à agir directement, c'est que *celui qui contracte des dettes engage tous ses biens,* et que le gage serait illusoire s'il négligeait d'exercer ses droits. » (Fenet, XIII, p. 238.) — Telle a toujours été, en effet, la doctrine du droit romain et de notre ancien droit. A Rome, on retrouve partout la nécessité, pour le créancier qui veut exercer les actions ou créances de son débiteur, d'obtenir la permission du juge ou président de la province (l. 2, Cod. *Quando fiscus;* Dig., l. 15, *De re judic.*). Pothier, à son tour, présente ces règles dans ses Pandectes comme choses toutes naturelles. Lebrun dit aussi que « un créancier peut exercer les droits de son débiteur, *et se faire subroger à cet effet.* » (*Succ.*, l. II, ch. 2, sect. 2, 42.) Denizart explique de même que « les droits et actions *faisant partie des biens,* les créanciers peuvent exercer ceux qui appartiennent à leur débiteur, *ce qui s'opère par une espèce de subrogation.* » (V° Créance, § 2, 7.) Enfin, M. Maleville, l'un des rédacteurs de notre article, indique comme commentaire de cette disposition les deux lois romaines citées plus haut, et la section ci-dessus de Lebrun, ce qui dénote bien que le législateur de 1804 entendait ici reproduire la règle de notre ancien droit et du droit romain (1).

II. — 494. La loi, en permettant au créancier d'exercer tous les droits de son débiteur, en excepte ceux qui sont *exclusivement attachés à la personne;* mais il est assez difficile de bien préciser l'étendue de cette exception, et d'exprimer nettement ce que la loi entend ici par droits exclusivement attachés à la personne (2).

Les droits qui nous appartiennent sont ou purement moraux, ou purement pécuniaires, ou moraux et pécuniaires tout à la fois. Les droits purement moraux ne peuvent évidemment être exercés par le créancier de celui auquel ils appartiennent. Ainsi, je ne puis pas exercer le droit de correction que mon débiteur a sur ses enfants, son droit de consentir à leur mariage, le droit d'un époux de demander sa séparation de corps, etc., etc. Il est vrai que l'action en nullité de mariage,

---

(1) *Conf.* Demante (*Prog.*, II, 596); Zachariæ (II, p. 332); Proudhon (*Usufr.*, V, 2236 à 2257).

(2) Les droits résultant des délits ou quasi-délits commis contre la personne du débiteur sont de la nature des droits exclusivement attachés à la personne, et les créanciers ne peuvent les exercer du chef de leur débiteur. Lyon, 7 juin 1864 (Dev., 65, II, 139).

lorsqu'il s'agit d'une nullité absolue, peut être exercée par tous ceux qui ont intérêt à l'annulation, et, dès lors, par des créanciers (par exemple, pour faire tomber l'hypothèque légale de la femme de leur débiteur); mais les créanciers n'agissent pas alors comme exerçant le droit de leur débiteur et par application de notre article; ils exercent un droit propre que la loi donne dans ce cas au plus grand nombre possible de personnes, afin d'atteindre plus sûrement le mariage annulable (articles 184 et 191).

Au contraire, les droits purement pécuniaires ne doivent pas être considérés comme exclusivement attachés à la personne, et peuvent en général être exercés par les créanciers. Mais il en est cependant que la loi restreint rigoureusement à la personne. C'est ainsi que les droits d'usage et d'habitation ne peuvent jamais être exercés que par le titulaire (art. 631 et 634); que le retrait successoral ne peut l'être que par l'un des copartageants, et non pas par ses ayants cause étrangers à la succession (art. 841); que les provisions ou pensions alimentaires ne peuvent pas être saisies par les créanciers, en principe du moins (articles 581 et 582 C. pr.); que les créanciers d'une femme mariée ne peuvent demander sa séparation de biens sans qu'elle y consente (article 1446).

Quant aux droits qui présentent tout ensemble un intérêt moral et un intérêt pécuniaire, ils pourront ou non être exercés par le créancier, selon les cas (1). Ainsi, la question de savoir si les actions en réclamation d'état peuvent être exercées par le créancier, question qui est résolue affirmativement par Toullier (VI, 372) et négativement par M. Duranton (X, 563), nous paraît devoir se décider par une distinction bien simple : si les créanciers s'avisaient de réclamer *principaliter* l'état civil de leur débiteur, il est clair que leur demande aurait un objet moral et qu'ils devraient être écartés; mais si c'est de l'argent, des biens qu'ils demandent, s'ils intentent une action en pétition d'hérédité, et que l'état de leur débiteur ne soit indiqué et prouvé par eux que comme moyen de justifier leur réclamation, cette réclamation devient purement pécuniaire et il n'y a aucune raison de la repousser. Telle était la doctrine de d'Aguesseau (*sixième plaidoyer*) (2). — L'action en désaveu, qui est purement morale, et dès lors exclusivement attachée à la personne, quand elle est dans les mains du mari, devient bien plutôt pécuniaire chez ses successeurs (art. 317, n° I), et peut être exercée par leurs créanciers. — Les actions en révocation de donation pour ingratitude et en dommages-intérêts dus pour délits commis contre la personne, bien qu'elles présentent un intérêt pécuniaire en même temps qu'un intérêt moral, et quoique celui à qui elles appartiennent puisse les céder volontairement à un tiers, ne pourront cependant pas être

(1) *Voy.* Cass., 25 janv. 1865 (Dev., 65, I. 68).

(2) Jugé que les créanciers sont non recevables à soulever, même par voie incidente et comme moyen de défense, une exception présentant à juger une question d'état intéressant leur débiteur. Bastia, 2 fév. 1857 (Dev., 57, II, 129; *J. Pal.*, 57, 611).

exercées par les créanciers en vertu de notre article et contre la volonté du débiteur; car il s'agit là d'actions en réparation d'une injure, actions qui s'éteignent par le pardon de la personne offensée, et qui ne peuvent pas dès lors être exercées contre son gré.

495. Il est deux classes de droits purement pécuniaires, dont l'exercice dès lors doit, dans le silence de la loi, appartenir aux créanciers d'après notre article, et que Toullier cependant leur refuse (VII, 566 et 567). Ce sont 1° les actions en nullité fondées sur la lésion, l'erreur, la violence ou le dol; 2° les exceptions que la loi, en matière de cautionnement, appelle purement personnelles au débiteur, comme serait la minorité de ce débiteur (art. 2012 et 2036).

Pour les premières, Toullier dit que le débiteur seul peut savoir s'il a été lésé, violenté, etc. Mais c'est évidemment confondre le droit d'exercer l'action avec les moyens de la justifier : si les créanciers ne prouvent pas suffisamment l'erreur, la violence, le dol ou la lésion qu'ils allèguent, leur demande sera repoussée; mais s'ils parviennent à bien établir leur assertion, pourquoi donc seraient-ils écartés ? (1)

Pour les secondes, Toullier s'appuie surtout sur les termes des articles 2012 et 2036, qui déclarent *purement personnelles* à l'obligé les exceptions ou causes de nullité dont il s'agit; et il prétend qu'il y aurait subtilité et abus de mots à dire que ces termes n'expriment pas la même idée que ceux de notre article *exclusivement attachés à la personne*. Un arrêt de Grenoble (du 2 août 1827) a jugé dans le même sens. Mais ce second système n'est pas plus soutenable que le premier, et l'abus de mots est évidemment ici du côté du célèbre professeur. La qualification d'exception *purement personnelle* à l'obligé est toute spéciale à la matière du cautionnement, et n'a aucun rapport avec notre article. Les exceptions *personnelles* sont celles qui ne tiennent qu'à la personne du débiteur, et que la caution dès lors ne peut opposer, à la différence des exceptions *réelles*, qui proviennent d'un vice affectant la dette elle-même (comme serait la violence), et qui peuvent dès lors être opposées par toute personne à qui on demande le payement. Ainsi, quand j'ai contracté avec un mineur et que j'ai eu soin de vous faire cautionner sa dette, précisément peut-être à cause de sa minorité, il est clair que vous ne pouvez pas vous prévaloir de cette minorité pour dire que vous n'êtes pas tenu; le mineur seul peut parler ainsi, et c'est uniquement dans ce sens que l'exception lui est personnelle. Mais de ce que l'exception est purement personnelle au débiteur relativement à ses cautions, il ne s'ensuit pas le moins du monde qu'elle le soit aussi relativement à ses créanciers... Il s'agit d'un droit purement pécuniaire, d'un bien du débiteur; les créanciers, qui ont leur droit de gage sur tous les biens de ce débiteur, peuvent donc évidemment exercer ce droit. Notre doctrine, admise par des arrêts postérieurs à celui de Grenoble, est celle de tous les auteurs (2).

(1) *Conf.* Merlin (*Quest.*, v° Hyp., 14); Duranton (X, 562); Zachariæ (II, p. 338).
(2) Bastia, 26 mai 1834; Rouen, 9 janv. 1838 (Dev., 35, II, 27; 38, II, 110); Del-

1167. — Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.

Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre *Des Successions* et au titre *Du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux,* se conformer aux règles qui y sont prescrites.

SOMMAIRE.

I. Action *paulienne* ou révocatoire. Le Code en pose seulement le principe, et renvoie implicitement à l'ancien droit pour les détails.
II. Il faut que l'acte ait déterminé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur, et que ce débiteur l'ait accompli frauduleusement, même dans les actes gratuits : dissentiment avec MM. Duranton et Zachariæ.
III. L'action n'est pas admise contre les actes par lesquels le débiteur a seulement négligé d'acquérir.
IV. Faut-il aussi qu'il y ait fraude chez la personne avec laquelle le débiteur a traité? Distinction. *Quid* d'un sous-acquéreur? Erreur de M. Zachariæ.
V. Quand la fraude s'est accomplie au moyen d'un jugement, les créanciers agissent par la tierce opposition.
VI. Les créanciers postérieurs à l'acte profitent de sa révocation, mais ne peuvent le faire révoquer, à moins qu'il n'ait été fait contre eux : arrêt récent.
VII. L'action dure trente ans : erreur de Toullier et de M. Duranton.

I. — 496. Les art. 2092 et 2093 accordent aux créanciers, quels qu'ils soient, un droit de gage sur tous les biens de leur débiteur; mais, bien entendu, c'est seulement tant que ces biens appartiennent au débiteur que le gage existe, et il s'évanouit dès que le bien sort du patrimoine. Aucun texte du Code n'accorde au créancier pur et simple le droit de venir se faire payer sur les biens qui ont appartenu à son débiteur : ce droit de suite, cette faculté de poursuivre les biens du débiteur malgré l'aliénation et dans les mains des tiers acquéreurs, n'existe que dans le cas de privilége ou d'hypothèque.

Cette nature imparfaite du gage des créanciers laissait ceux-ci à la discrétion de leur débiteur, qui, par des aliénations frauduleuses, aurait toujours pu faire disparaître leur garantie. Le droit romain porta remède à ce danger, en permettant aux créanciers de faire annuler tous actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits; et notre ancienne jurisprudence accepta cette règle, que nous retrouvons reproduite par le Code dans notre art. 1167. L'action ainsi accordée aux créanciers était appelée à Rome *action paulienne,* du nom du préteur qui l'introduisit; et ce nom lui est encore donné souvent dans la doctrine.

Les rédacteurs, on le voit, se sont contentés de consacrer le principe de l'action paulienne, sans entrer dans aucun développement sur sa nature et ses effets; ils s'en sont rapportés pour les détails aux règles du droit romain, que la pratique universelle de notre ancien droit français admettait. C'est donc dans le droit romain, reproduit par notre an-

---

vincourt, Merlin (*loc. cit.*); Proudhon (*Usufr.*, n° 2347); Duranton (X, 561); Dalloz (v° Obligat.); Zachariæ (II, p. 339).

cienne jurisprudence, qu'il faut aller chercher le système de cette action révocatoire.

II. — 497. Il faut que l'acte, pour pouvoir être révoqué, ait nui au créancier et ait été fait frauduleusement.

Il faut d'abord que l'acte ait nui au créancier, en causant ou augmentant l'insolvabilité du débiteur; car, si celui-ci n'était devenu insolvable que plus tard, ce ne serait plus l'acte lui-même, mais telle ou telle circonstance postérieure, qui aurait causé la perte (1).

Il faut en outre qu'il y ait eu fraude du débiteur, c'est-à-dire qu'il ait accompli l'acte sachant le tort qu'il causerait à ses créanciers, connaissant son insolvabilité. Cette fraude, cette connaissance qu'a le débiteur de son insolvabilité, est nécessaire, non pas seulement dans les actes à titre onéreux, mais aussi dans les contrats de bienfaisance, et même dans les actes purement unilatéraux et qui ne présentent pas un concours de volontés, comme serait la renonciation du débiteur à l'usufruit qui lui appartient ou à une succession qui lui échoit.

M. Duranton (X, 577) et M. Zachariæ (II, p. 345) repoussent, il est vrai, cette dernière idée; ils prétendent que le Code a entendu s'écarter des principes du droit romain et permettre l'annulation des actes *gratuits* sans qu'il y ait eu fraude du débiteur, et par cela seul qu'il y ait eu préjudice. Mais cette doctrine ne nous paraît pas admissible. D'abord, ce n'était pas seulement le droit romain, mais aussi notre ancien droit français, qui exigeait la fraude, même dans les actes gratuits (Pothier, *Cout. d'Orl.*, tit. 15, n° 67; *Success.*, chap. 3, art. 1, § 2, alin. 5). Or, les rédacteurs n'auraient pas changé les principes dont ils étaient imbus, dans lesquels ils avaient été élevés, sans discussion ou observation; et cependant, les travaux préparatoires ne présentent aucune trace d'une pareille intention. Nous allons même voir qu'ils indiquent plutôt l'idée contraire... On objecte quelques articles (622, 788, etc.), dans lesquels la loi permet d'annuler des renonciations en ne parlant que de *préjudice*. Mais nous avons déjà vu qu'un autre article (1464), qui prévoit un cas semblable, exige la *fraude;* en sorte que si les rédacteurs, dans les articles antérieurs au nôtre, n'ont parlé que du préjudice sans expliquer si ce préjudice devait ou non provenir d'une fraude, c'était sans doute pour réserver la question et la décider au siége de la matière, dans notre chapitre. Une circonstance des travaux préparatoires nous semble prouver cette pensée. Sur les observations du Tribunal de cassation, qui demandait que la fraude ne fût pas déclarée nécessaire pour les actes gratuits, la section de législation avait fait suivre les trois articles de notre section d'un quatrième, qui admettait en partie cette réclamation en déclarant que le simple fait du dommage suffirait, non pas toujours, mais quand il s'agirait de la renonciation du débiteur soit à une succession, soit à une donation pré-

---

(1) *Conf.* Aubry et Rau (III, § 313, p. 88); Massé et Vergé (III, § 555, note 5, p. 413); Larombière (sur l'art. 1167, n° 16); Cass., 8 mai 1854 (Dev., 54, I, 684; Dall., 54, I, 191). *Voy.* aussi Cass., 9 janv. 1865 (Dev., 65, I, 65; *J. Pal.*, 65, 126).

cédemment acceptée par lui (Fenet, t. XIII, p. 12); or, cet article a été supprimé. Cette suppression montre bien que le législateur a entendu suivre les anciens principes et n'admettre l'action révocatoire que contre les actes frauduleux (1).

III. — 498. L'article de la suppression duquel nous venons de parler prouve encore un point sur lequel nous ne saurions être d'accord avec M. Zachariæ.

Le professeur allemand enseigne (II, p. 342) que le Code, à la différence du droit romain, admet l'action révocatoire des créanciers, non-seulement contre les actes par lesquels le débiteur diminue son patrimoine, mais aussi contre ceux par lesquels il néglige de l'augmenter. Ceci nous paraît inexact. Il est bien vrai que notre droit français permet aux créanciers d'attaquer la renonciation que le débiteur fait à une succession, tandis que le droit romain ne le permettait pas; mais ceci tient à un changement de principe sur les effets de l'acceptation des successions.

A Rome, les héritiers se divisaient en héritiers nécessaires et en héritiers externes. L'héritier externe, c'est-à-dire celui qui n'était pas sous la puissance du mourant, ne devenait héritier et propriétaire des biens que par l'adition, c'est-à-dire par l'acceptation qu'il faisait de l'hérédité : sa répudiation ne lui enlevait donc pas ces biens, elle l'empêchait seulement de les acquérir; en sorte que cette répudiation n'opérait pas une diminution de patrimoine et ne donnait pas lieu à l'action paulienne. Quant à l'héritier nécessaire, il se trouvait bien héritier et propriétaire de plein droit et par le seul fait du décès, mais il restait forcément héritier et ne pouvait pas répudier la succession; en sorte qu'il ne pouvait pas y avoir lieu de faire annuler une renonciation faite par lui (2). Chez nous, au contraire, tout héritier est libre de renoncer, et tout héritier devient propriétaire par le seul fait du décès de son auteur; en sorte que la renonciation constitue toujours une diminution de patrimoine, et autorise dès lors l'action révocatoire (articles 724 et 785).

Ce n'est donc pas de ce que notre droit admet la révocation dans ce cas, qu'on peut conclure qu'elle est autorisée pour les cas où le débiteur a seulement négligé d'acquérir... Et maintenant l'article qui existait dans le projet prouve le contraire; puisque, après avoir admis la révocation contre toute renonciation à une succession, il ne l'admettait contre la renonciation faite à une donation qu'autant que cette donation *aurait été acceptée précédemment*, de sorte que le débiteur eût ainsi abandonné des biens qui lui appartenaient déjà.

Et en effet, comment dire qu'un débiteur a fraudé ses créanciers,

---

(1) *Conf.* Toullier (VI, 348); Proudhon (*Usufr.*, X, 2353); Grenier (I, 93); Bordeaux, 13 fév. 1826.

(2) Il pouvait seulement obtenir le bénéfice d'*abstention* (s'il était fils de famille), ou le bénéfice de *séparation* (s'il s'agissait d'un esclave), pour éviter les poursuites que les créanciers héréditaires auraient exercées sans cela sur ses biens personnels (*Instit. Justin.*, L. 2, t. 19).

qu'il a détruit leur gage, quand il a seulement négligé d'acquérir des biens nouveaux? Dira-t-on, comme M. Zachariæ, que les art. 2092 et 2093 assoient le gage du créancier sur *les biens à venir* du débiteur comme sur ses biens présents, et que dès lors c'est diminuer ce gage que de refuser d'acquérir ces biens à venir? Mais c'est là un abus de mots évident. La pensée des art. 2092 et 2093 est tout simplement que le droit de gage de mon créancier frappe immédiatement sur les biens qui m'appartiennent au jour où naît mon obligation, et frappera plus tard, au fur et à mesure des acquisitions, sur les biens qui m'appartiendront par la suite; cette pensée n'est pas, évidemment, que le droit de gage frappe *actuellement* sur mes biens *à venir*. Mais puisque c'est seulement l'entrée du bien dans mon patrimoine qui le soumet à votre gage, vous ne pouvez donc pas dire que, par mon refus d'acquérir ce bien, votre gage ait été diminué.

IV. — 499. Quand il s'agit d'un acte qui a diminué le patrimoine, que cet acte a réalisé ou augmenté l'insolvabilité du débiteur, et que le débiteur a accompli cet acte frauduleusement, l'action paulienne est-elle toujours admissible? ou bien, faut-il encore rechercher s'il y a eu également fraude chez la partie avec laquelle le débiteur a traité?...

Il faut faire ici la distinction, que nous avons rejetée plus haut, entre les actes gratuits et les actes à titre onéreux. S'il s'agit d'un acte gratuit, d'une renonciation à succession, par exemple, ou d'une donation, l'acte pourra être annulé, quoique le donataire, ou l'héritier auquel profitait la renonciation, n'ait commis aucune fraude et ait complétement ignoré le tort que l'acte pouvait causer aux créanciers; mais s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, l'annulation n'est possible que quand le tiers a été complice de la fraude du débiteur, *conscius fraudis*. Tels étaient les principes du droit romain et de notre ancien droit (Dig., l. 42, t. 8, 6, § 11 et 7; Pothier, *loc. cit.*); et ils sont par là même ceux du Code, qui, comme on l'a déjà dit, n'a gardé le silence sur les détails de l'action paulienne que pour maintenir les règles admises précédemment. Cette règle, d'ailleurs, est aussi conforme à la raison qu'au droit positif; car s'il n'y a pas de motif de préférer le créancier au tiers quand tous deux luttent pour éviter une perte, il est tout simple, au contraire, de le préférer à un tiers qui ne cherche qu'à faire un gain. Telle est aussi la doctrine de tous les auteurs et de tous les arrêts (1).

---

(1) Notamment Paris, 24 déc. 1849 (Dev., 53, II, 228; Dall., 50, II, 195); Cass., 2 fév. 1852 (Dev., 52, I, 234; Dall., 52, I, 49); Cass., 13 mars 1854 (Dev., 55, I, 751; Dall., 54, I, 248); Aubry et Rau (III, § 313 et note 20, p. 92); *Dict. not.* (v° Fraude, n° 14). — La constitution dotale faite en contrat de mariage par un père au profit de sa fille n'est pas un acte de simple libéralité à l'égard du mari; elle a le caractère d'un contrat à titre onéreux, et la révocation n'en peut être demandée par les créanciers du donateur, sur le motif qu'elle a été faite en fraude de leurs droits, si les époux ont été de bonne foi (Cass., 2 mars 1847; Bourges, 9 août 1847; Cass., 24 mai 1848, 18 nov. 1861 : Dev., 47, I, 185; 47, II, 485; 48, I, 437; 62, I, 737; Dall., 47, I, 129; 48, I, 172; 62, I, 297), et cela non-seulement vis-à-vis du mari, mais encore vis-à-vis de la femme (Cass., 23 juin 1847; Riom, 27 mars 1849; Grenoble, 3 août 1853; Dijon, 11 août 1858 : Dev., 47, I, 817; 50, II, 548; 54, II, 449; 58, II, 673; Dall., 47, I, 241; 50, II, 194; 55, II, 70; 58, II, 189). *Contrà :* R. de Villargues (*Rép.*

499 *bis*. Mais que décidera-t-on si l'acquéreur qui se trouvait soumis à l'action révocatoire a transmis le bien à un sous-acquéreur?...

Il n'y a pas de difficulté si le nouveau détenteur a acquis à titre gratuit. Il était tout simple de lui préférer le créancier, par le motif indiqué plus haut. C'est, en effet, ce qu'avaient fait le droit romain et notre ancien droit; et tout le monde reconnaît qu'il en est de même aujourd'hui. Mais cet accord n'existe plus quand il s'agit d'un sous-acquéreur à titre onéreux. Proudhon (*Usufr.*, n° 2412) et M. Duranton (X, 582) enseignent qu'il ne peut être évincé qu'autant qu'il aurait été complice de la fraude; M. Zachariæ, au contraire, décide qu'il devra l'être dans tous les cas (II, p. 348, note 25).

Nous ne saurions adopter cette dernière idée; et la décision de Proudhon et de M. Duranton nous paraît incontestable. D'abord, elle était formellement admise autrefois (Dig., l. 42, t. 8, 9; Domat, l. 2, t. 19, sect. 1, n° 3), et nous avons vu que le Code, dans cette matière, n'a pas changé les anciens principes. La doctrine contraire serait d'ailleurs inconséquente. Car du moment qu'un premier acquéreur à titre onéreux ne peut pas être inquiété quand il est exempt de fraude, du moment que sa bonne foi le met à l'abri, comment celle d'un sous-acquéreur ne produirait-elle pas le même effet? est-ce que, dans un cas comme dans l'autre, le créancier et l'acquéreur ne luttent pas tous deux *de damno vitando?* est-ce que le premier acquéreur, mis au lieu et place du débiteur par celui-ci et publiquement investi de ses droits, ne doit pas être considéré tout au moins comme ayant reçu pouvoir de ce débiteur à l'effet d'aliéner le bien; et quand on valide l'aliénation que ce débiteur aurait faite par un mandataire, comment annuler celle qui s'est faite par un premier acquéreur, son ayant cause?

En vain on invoque le principe qu'on ne peut pas transférer les droits qu'on n'a pas soi-même, pour dire que le premier acquéreur, n'ayant qu'une propriété révocable par les créanciers, n'a pas pu transmettre une propriété irrévocable. Ce principe est inapplicable ici et cède à la circonstance d'acquisition faite à titre onéreux et de bonne foi, puisque le débiteur, dont la propriété n'est pas aliénable en fraude des créanciers, confère cependant, même par fraude, aux acquéreurs à titre onéreux et de bonne foi, une propriété irrévocable (1).

V. — 500. Si la fraude du débiteur avait consisté à laisser prononcer contre lui, par connivence avec ses adversaires, un jugement favorable à ceux-ci, les créanciers auraient toujours l'action révocatoire, et ils l'exerceraient alors en attaquant le jugement par la tierce opposition (art. 474

---

du not., v° Fraude, n°s 22 et suiv.); Troplong (*Contr. de mar.*, I, n° 131); Aubry et Rau (§ 313, p. 93, note 23); Larombière (art. 1167, n° 34). — *Voy.* encore Cass., 3 mars 1847, 9 janv. 1865 (Dev., 47, I, 186; 65, I, 65); Dijon, 11 août 1858 (Dev., 58, II, 673; Dall., 58, II, 189).

(1) Ce principe, déjà consacré par plusieurs arrêts (Paris, 11 juill. 1829; Rej., 24 mars 1830), vient de l'être encore (ainsi que celui du n° 50) par un arrêt de cassation du 2 février 1852, lors duquel M. le premier avocat général Nicias-Gaillard nous a fait l'honneur de lire à la Cour nos explications sur l'action paulienne (*Gazette des Tribunaux* et le *Droit* du 3 fév. 1852).

C. proc.). Les créanciers, en effet, peuvent *s'opposer* à ce jugement qui leur nuit, en se fondant sur ce qu'ils sont *des tiers* quant à ce jugement et n'y ont pas été représentés ; car si, en principe, un débiteur représente nécessairement ses créanciers dans ses procès, et perd ou gagne pour eux comme pour lui-même, il est bien clair qu'il n'en est plus ainsi, et qu'il devient plutôt leur adversaire que leur représentant, lorsqu'il se laisse condamner par fraude (1).

VI. — 501. C'est un point assez délicat que de savoir si les créanciers, qui ne sont devenus tels que postérieurement à l'acte frauduleux (et qui dès lors ne peuvent pas l'attaquer, puisqu'il n'a pas été fait en fraude de leurs droits) (2), peuvent néanmoins profiter de la révocation qui en serait prononcée sur la demande des créanciers antérieurs.

M. Duranton (X, 574) répond affirmativement en se fondant sur ces deux idées : 1° que l'action révocatoire fait rentrer les biens dans le patrimoine du débiteur; et 2° que, ces biens une fois remis dans ce patrimoine, tous les créanciers y ont forcément un droit égal, sauf le cas de priviléges ou d'hypothèques, puisque la loi n'admet entre les créanciers aucune autre cause de préférence que ces priviléges ou hypothèques (art. 2093 et 2094). — D'autres jurisconsultes soutiennent la négative, en disant que l'action ne fait pas rentrer les biens dans le patrimoine du débiteur. Suivant eux, les créanciers ne font pas annuler l'acte de leur débiteur; ils exercent seulement contre les tiers un *droit de suite* résultant de leur gage, c'est-à-dire qu'ils suivent dans les mains des tiers les biens ayant appartenu à leur débiteur, pour se faire payer sur le prix, mais sans que ces biens cessent d'appartenir au tiers.

Ce dernier principe est inexact... Il faut bien reconnaître d'abord que le gage dont il s'agit ne contient pas le droit de suite en principe par sa nature, et que, s'il pouvait le produire, ce ne serait que par exception et pour le cas particulier de fraude : c'est évident, puisque c'est uniquement dans ce cas de fraude que les créanciers peuvent réclamer après l'aliénation du bien, et que, hors ce cas et en général, l'aliénation faite par le débiteur fait cesser le gage des créanciers. Mais si le gage, tel que la loi le fait, tel que le confèrent les art. 2092 et 2093, ne contient aucun droit de suite, comment la circonstance de fraude ferait-elle naître ce droit? Est-ce que cette circonstance peut changer la nature du gage? Il faut évidemment chercher une autre théorie; et cette théorie est bien simple...

Le gage des créanciers n'existe que sur les biens appartenant actuel-

---

(1) *Voy.* Paris, 19 mars 1850; Cass., 10 janv. 1855, 1er juin 1858 (Dev., 52, II, 28; 55, I, 15; 59, I, 417; Dall., 50, II, 226; 55, I, 168; 58, I, 236).

(2) Jugé qu'un créancier ne peut attaquer comme frauduleux un acte consenti par son débiteur antérieurement à son titre de créance. Cass., 2 mai 1855; Rennes, 27 mars 1858 (Dev., 56, I, 178; 59, II, 116; Dall., 55, I, 782). *Sic* Larombière (n° 20); Aubry et Rau (III, § 313, p. 16). Mais il en est autrement si l'acte frauduleux a eu précisément pour objet de dépouiller à l'avance les créanciers futurs de leurs droits sur l'actif du débiteur. Cass., 2 fév. 1852; Poitiers, 12 déc. 1854 (Dev., 52, I, 234; 56, II, 390; Dall., 52, I, 49; 55, II, 231). — *Voy.* aussi Bastia, 29 mai 1855; Cass., 25 juill. 1864, 29 janv. 1866 (Dev., 55, II, 495; 64, I, 452; 66, I, 105).

lement au débiteur, et le gage cesse dès qu'il y a eu aliénation. Mais si cette aliénation est faite frauduleusement, alors, comme *fraus omnia corrumpit*, on permet au créancier de faire annuler cette aliénation, et cette aliénation étant une fois réputée non avenue, le bien est censé n'être pas sorti du patrimoine du débiteur, et le droit de gage du créancier se trouve n'avoir pas cessé d'exister. Et comment douter de l'exactitude de cette théorie quand on voit le droit romain, suivi dans toute cette matière par notre jurisprudence française, l'exposer dans les termes les plus formels? *Si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus ex sententiâ præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissâ traditione eam rem petere, id est* DICERE EAM REM TRADITAM NON ESSE *et ob id* IN BONIS DEBITORIS MANSISSE (Inst., l. 4, t. VI, § 6).

Reconnaissons donc, avec M. Duranton, que l'effet de l'action paulienne est de faire rentrer légalement le bien dans le patrimoine du débiteur. Et comme aucun texte n'autorise à dire qu'il n'y rentre que relativement à tels créanciers, nous pensons, comme le savant professeur, que les créanciers postérieurs, qui ne peuvent pas faire prononcer la révocation, pourront cependant en profiter quand elle sera obtenue par les autres (1). C'est en nous fondant sur ce principe de la rentrée du bien dans le patrimoine du bébiteur que nous avons décidé aussi que le tiers auquel la révocation enlève le bien n'a pas de recours à exercer (*voy*. l'explication des art. 622 et 788).

502. Du reste, quand nous disons que la révocation ne peut être demandée que par ceux qui étaient créanciers au moment de l'acte, nous ne parlons que pour les cas ordinaires et en supposant que l'acte n'a été fait que pour frauder ces créanciers actuels; mais si c'était pour frauder ceux avec lesquels l'agent se proposait de contracter plus tard que l'acte eût été accompli, il est clair que ces créanciers postérieurs pourraient alors faire annuler, puisque c'est précisément contre eux, dans ce cas, que la fraude aurait été commise : *fraus omnia corrumpit*. Nous l'avions ainsi enseigné dans une consultation (12 août 1850) où nous réfutions un arrêt contraire de Rennes; et c'est, en effet, de cette dernière décision que l'arrêt, cité à la note précédente, du 2 février 1852, prononce la cassation.

VII. — 503. C'est un point controversé que de savoir dans quel délai doit être intentée l'action paulienne. — Toullier nous dit que le délai sera déterminé par le juge suivant les circonstances; mais cette décision est trop arbitraire, trop évidemment inadmissible, pour avoir besoin d'être discutée. — M. Duranton (X, 585) déclare l'action soumise à la prescription de l'art. 1304, et la fait dès lors durer dix ans.

---

(1) Jugé que l'annulation d'actes frauduleux consentis par un débiteur, prononcée sur l'action révocatoire exercée par l'un de ses créanciers, ne profite qu'à ce créancier. Poitiers, 16 janv. 1862 (Dev., 65, I, 117; *J. Pal.*, 65, 261); Aubry et Rau (III, § 313, notes 35 et 36); *Dict. not.* (v° Fraude, n°s 7 et suiv.). *Contrà* : Boileux (art. 1167); Carette (Dissert. Dev., 56, I, 353). *Voy.* Cass., 5 fév. 1856 (Dev., 56, I, 353; Dall., 56, I, 83).

Mais il est certain, par les termes mêmes de cet art. 1304, qu'il n'est écrit que pour les actions en nullité intentées par les parties contractantes elles-mêmes; que, dès lors, l'action paulienne n'est soumise qu'à la règle générale de l'art. 2262, et doit durer trente ans à compter de l'accomplissement de l'acte frauduleux (1).

1168 et suiv. se trouvent plus loin, après le chapitre III (nº 541).

DEUXIÈME PARTIE DU CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

SECTION II.

(Art. 1137, 1138 en partie, et 1139.)

504. Nous avons expliqué antérieurement (nº 477) les art. 1136, 1138 en partie, 1140 et 1141. Il ne nous reste donc à étudier ici, pour terminer cette section II, que l'art. 1137 sur la théorie des fautes, la partie de l'art. 1138 relative à la question des risques, et l'art. 1139 sur la mise en demeure de la personne obligée.

1137. — L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

SOMMAIRE.

I. La règle de cet article forme un principe général sur le point de savoir de quelles fautes est tenue toute personne obligée.
II. Théorie des fautes dans l'ancien droit, attribuée à tort aux Romains.
III. Théorie du Code. En principe, on est tenu des soins ordinaires d'un bon administrateur. — Exception de faveur pour le dépositaire. — Observation.

I. — 505. La règle que pose cet article ne s'applique pas seulement aux obligations de conserver une chose, bien qu'elle ne soit écrite que pour elles; c'est une idée que l'ensemble du Code étend à toutes les obligations, et dont il a fait un principe général sur le point de savoir de quelles fautes une personne obligée se trouve responsable dans quelques circonstances que ce soit, de quels soins elle est tenue dans

---

(1) *Conf.* Proudhon (*Usufr.*, nº 2401); *Dict. not.* (vº Fraude, nºs 38 et suiv.); Massé et Vergé (III, § 555, p. 415, texte et note 12, et § 584, p. 477); Aubry et Rau (III, § 313, p. 97, et § 339, p. 197); Duvergier (sur Toullier); Paris, 11 juill. 1829; Rej., 24 mars 1830; Toulouse, 15 janv. 1834; Riom, 3 août 1840 (Dev., 34, II, 298; 41, II, 16); Cass., 9 janv. 1865 (Dev., 65, I, 65; *J. Pal.*, 65, 126). — Suivant Larombière (I, p. 762), cette action se prescrirait à l'égard des tiers acquéreurs au profit desquels ont été passés les actes frauduleux par la prescription de dix ou vingt ans de l'art. 2265. — Mais cette opinion est rejetée par les autorités citées *suprà*.

l'accomplissement de son obligation quelconque. La preuve de cette généralité de la règle se trouve dans une foule d'articles du Code, qui ne sont tous que des applications particulières du principe. On peut voir entre autres les art. 450, alinéa 2, pour tous les actes qui concernent l'administration du tuteur; 601, pour la jouissance de l'usufruitier; 627, pour l'exercice du droit d'usage; 1374, pour l'administration du simple *negotiorum gestor,* lesquels se réfèrent à l'obligation de faire, aussi bien qu'à celle de donner ou de conserver une chose, et aux obligations venant d'un quasi-contrat, de la loi, etc., aussi bien qu'aux obligations conventionnelles.

II. — 506. Sur cette théorie générale *des fautes,* notre ancienne jurisprudence suivait un système que, sur la foi des commentateurs, on croyait être celui du droit romain.

On distinguait d'abord trois espèces de fautes : 1° la grande faute, ou faute lourde, *culpa lata,* qui consistait dans un défaut de soin que l'obligé, d'après ses habitudes connues, n'aurait pas commis pour ses affaires propres; 2° la faute légère, *culpa levis,* qui existait lorsque l'obligé, quelles que fussent ses habitudes personnelles, n'avait pas apporté les soins que donne ordinairement à ses affaires un propriétaire soigneux, un administrateur diligent, *bonus pater familias;* 3° enfin, la faute très-légère, *culpa levissima,* qui existait par cela seul qu'il était possible d'imaginer un homme assez prudent pour avoir évité le défaut de soin ou de précaution reproché à l'obligé. Comme on le voit, la faute lourde s'appréciait en prenant pour point de comparaison l'obligé lui-même, les soins que *réellement et en fait* il donnait à ses affaires personnelles; tandis que pour les fautes légères et très-légères, le point de comparaison consistait en *un type abstrait,* qui était dans un cas l'administrateur prudent, mais d'une prudence ordinaire, et dans l'autre, l'administrateur prudent jusqu'aux dernières limites du possible. Aussi disait-on que la faute lourde s'appréciait *in concreto,* et les deux autres *in abstracto.* — Les trois espèces de fautes étant ainsi précisées, on disait que l'obligé n'était tenu que de la faute lourde quand son obligation existait dans l'intérêt unique de son créancier (par exemple, pour un mandataire); qu'il était tenu de la faute légère quand l'affaire intéressait tout à la fois les deux parties (comme dans un louage), et enfin de la faute très-légère quand il n'était obligé que dans son intérêt unique (comme dans le commodat).

On trouve ce système indiqué dans Pothier (n° 142), et dans l'Exposé des motifs de notre titre (Fenet, t. XIII, p. 229).

III. — 507. Ce système, qui n'était pas, comme on l'avait cru, celui des jurisconsultes romains, est rejeté par le Code, quoi que disent Proudhon (Ducaurroy, *Inst.,* n° 1067) et M. Duranton (X, 397). On n'admet plus aujourd'hui cette faute *très-légère* résultant de la comparaison faite avec un type d'une perfection imaginaire; on n'admet pas non plus qu'un obligé puisse jamais être déchargé de ses fautes par cela seul qu'il commet quelquefois les mêmes fautes dans ses propres affaires : lors même que vous n'êtes obligé que pour mon intérêt, on ne

restreindra pas votre responsabilité aux fautes lourdes et considérées *in concreto ;* réciproquement, quoique votre obligation ne profite qu'à vous, on ne vous demandera pas une prudence et des précautions poussées jusqu'aux limites extrêmes du possible; dans tous les cas, on prendra pour type, pour point de comparaison, *le bon père de famille,* c'est-à-dire qu'on recherchera ce qu'un administrateur soigneux fait habituellement et dans le cours ordinaire des choses. Le Code dit, en effet : « Soit que la *convention* (et il faut dire, en général, l'*affaire,* quelle qu'elle soit, et qu'il y ait eu ou non convention) n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties (n'importe laquelle), soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, elle soumet l'obligé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

507 *bis.* Il est cependant un cas, et c'est le seul, où la loi fait exception à ce principe, et ne soumet l'obligé qu'aux fautes considérées *in concreto;* c'est le cas de dépôt. Le législateur, partant de cette idée qu'un dépositaire a tout simplement consenti à vous laisser mettre votre chose chez lui et parmi les siennes, et qu'il a dû être dès lors dans l'intention commune des parties qu'il la surveillerait comme et avec les siennes, ni plus ni moins, le législateur déclare (art. 1927) que « le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée *les mêmes soins qu'il apporte* dans la garde des choses *qui lui appartiennent.* »

507 *ter.* On conçoit, au surplus, que le principe général de notre article, ainsi que l'exception relative au dépositaire, sont susceptibles de s'appliquer avec plus ou moins de rigueur. En prenant pour point de comparaison le type d'un bon père de famille, on peut, sans se jeter dans les extrêmes, se figurer ce type comme plus ou moins parfait; d'un autre côté, lorsque le juge examine la faute *in concreto* seulement, et d'après la conduite ordinaire de l'obligé, il trouve encore une certaine latitude, ne fût-ce que dans le choix des actes qu'il croira devoir prendre pour apprécier la prudence ordinaire de cet obligé. Aussi la loi nous dit-elle que la responsabilité, quoique se réglant par un principe unique, pourra être plus ou moins étendue selon la nature du contrat (2e alinéa), et d'après l'ensemble des circonstances (art. 1374); et que la règle spéciale au dépositaire devra dans certains cas s'appliquer avec plus de rigueur qu'à l'ordinaire (art. 1928).

1138, 1re partie, se trouve plus haut, n° 480.

1138, 2e partie. — Elle (l'obligation de livrer un corps certain) rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

508. Nous savons que les mots *dès l'instant où la chose a dû être livrée* signifient, dans notre article, *dès l'instant où a dû se faire, où l'on répute faite la livraison fictive,* c'est-à-dire dès que la convention est formée. Le créancier d'un corps certain, d'une chose individuellement

déterminée, se trouve donc, dès que les obligations corrélatives sont créées, chargé des risques de cette chose, tenu d'en subir définitivement la perte, soit totale, soit partielle, c'est-à-dire qu'il sera toujours obligé de payer le prix convenu, malgré la détérioration ou la destruction que subit le corps certain, et qui diminue ou anéantit le bénéfice de sa créance. Ainsi, quand vous m'avez vendu votre cheval ou telle pièce de terre, et qu'avant la tradition la foudre tue le cheval, ou que le fleuve qui borde la pièce de terre en emporte la moitié, je ne serai pas moins tenu de vous payer la somme convenue, quoique vous ne me livriez que la moitié de l'objet que j'avais voulu me procurer, ou même rien.

Cette règle n'est point une innovation du Code; elle a été admise, de tout temps, dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence (*Inst.*, l. 3, t. 23, § 3; Pothier, *De la Vente*, n° 307). Elle n'est donc pas la conséquence du principe nouveau de la translation de la propriété au créancier par l'effet immédiat du contrat, mais bien la conséquence de cette raison d'équité, que le créancier du corps certain étant appelé à profiter des augmentations et améliorations que ce corps pourrait recevoir avant la tradition, il doit en subir réciproquement les détériorations ou la perte. Du reste, aujourd'hui que la propriété même du corps certain est transportée au créancier par le contrat même, il y a deux raisons au lieu d'une pour que l'objet soit à ses risques.

509. Mais pour que la perte totale ou partielle de la chose soit aux risques du créancier, il faut que cette perte ne soit pas arrivée par la faute du débiteur, ni même par son fait.

Que le débiteur ne soit pas libéré par la perte résultant de son fait, même sans faute de sa part, c'est un principe de droit et de raison qu'on a toujours admis. Ainsi, quand l'héritier de la personne qui m'avait vendu tel objet, ignorant la vente faite par son auteur, a lui-même détruit l'objet, il est bien juste, quoiqu'on n'ait aucune faute à lui reprocher, qu'il ne puisse pas me faire payer le prix, et que le préjudice retombe plutôt sur lui que sur moi. Le simple fait d'une personne, lequel ne suffirait pas, à la vérité, pour faire naître une obligation contre elle, suffit donc pour empêcher la libération de ses obligations préexistantes; et ce principe, consacré aux *Institutes* (l. 2, t. 20, § 16), est aussi proclamé dans les art. 1042 et 1245 du Code Napoléon.

Si le simple fait du débiteur ne le décharge pas des risques, à plus forte raison en est-il ainsi de sa faute; et comme c'est une faute que de se mettre en demeure, en retard de livrer l'objet (*qui in morâ est culpâ non vacat*), la fin de notre article déclare avec raison que, si le débiteur est en demeure, la chose reste à ses risques. Voyons donc, par l'explication de l'article suivant, comment le débiteur est constitué en demeure.

1139. — Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention,

lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

510. C'est une erreur assez commune dans le monde que de croire qu'un débiteur est en demeure par cela seul que le terme convenu pour l'exécution de son obligation expire sans qu'il exécute. Dans les principes du Code, contraires au droit romain sur ce point, le débiteur, en général, n'est point en demeure, malgré l'échéance du terme, tant qu'une sommation ou quelque acte équivalent (un commandement, une assignation) (1) n'est pas venu lui prouver que le créancier n'entend lui accorder aucun délai : tant que le créancier garde le silence, le débiteur est légalement autorisé à croire qu'on ne tient pas à l'exécution immédiate, et notre article rejette la maxime romaine *Dies interpellat pro homine*. Il est bien évident, en outre, que, par la sommation faite d'exécuter, le débiteur n'est pas mis en demeure à l'instant même, mais seulement après le délai moralement nécessaire pour accomplir l'exécution qu'on lui demande, délai qui serait apprécié par le juge. Ce juge peut même, suivant les circonstances, et quand il le trouve raisonnable, accorder quelque délai au débiteur (art. 1244; Pothier, n° 146).

Pour que le débiteur soit en demeure sans aucun acte déclaratif de la volonté actuelle du créancier, il faut ou 1° que celui-ci ait formellement stipulé que la demeure résulterait de la seule échéance du terme (2), ou bien 2° (comme il résulte de l'art. 1146) que, par sa nature même, l'obligation ne pût être exécutée que dans le délai que le débiteur a laissé passer.

Observons, au surplus, que la règle posée par cet article sur la mise en demeure ne s'applique point aux obligations de sommes d'argent, pour lesquelles nous trouverons une règle spéciale dans la section IV (art. 1153, n° III).

1140, **1141**, ont été expliqués plus haut, n° 487.

SECTION III.

DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE.

1142. — Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur.

---

(1) Rejet, 14 juin 1814. — Le commandement diffère de la simple sommation en ce qu'il ne peut être fait qu'en vertu d'un titre exécutoire et qu'il conduit à la saisie et à l'expropriation du débiteur. C'est une sommation plus énergique que la sommation ordinaire.

(2) La dispense d'un acte spécial de mise en demeure du débiteur peut être induite des clauses de l'acte; les termes employés par l'art. 1139 ne sont pas sacramentels. Cass., 18 fév. 1856 (Dev., 57, I, 40; Dall., 56, I, 260); Aubry et Rau (III, § 308, note 6, p. 64); Larombière (art. 1139, n° 7).

511. Nous avons dit que les effets de l'obligation, ses résultats légaux, sont d'autoriser le créancier à poursuivre son débiteur pour obtenir de lui l'exécution de cette obligation ; et, en cas de refus obstiné, à se faire procurer cette exécution par la force publique, si les circonstances le permettent, ou, dans le cas contraire, à obtenir des dommages-intérêts.

Quand le refus du débiteur permettra-t-il d'obtenir l'exécution effective par l'intervention de la force publique? quand, au contraire, réduira-t-il le créancier à n'avoir que des dommages-intérêts?... L'exécution forcée aura lieu, dans notre droit, toutes les fois qu'on pourra la réaliser sans violences pratiquées sur la personne du débiteur, c'est-à-dire toutes les fois que cette exécution n'est pas de nature à ne pouvoir être accomplie que par le débiteur en personne. Ce principe, conforme à notre ancienne jurisprudence et contraire au droit romain (où le créancier ne pouvait jamais obtenir qu'une condamnation pécuniaire), est consacré dans les art. 1143 et 1144, auxquels nous arrivons, et qui viennent restreindre la règle formulée trop largement, et par là même exactement, par notre art. 1142.

1143. — Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

1144. — Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

512. Quand vous vous êtes engagé à ne pas clore votre avenue pour que j'y puisse passer, et que vous la fermez cependant par un fossé, une barrière, une haie, etc., je puis me faire autoriser à enlever de force, et à vos frais, la clôture que vous avez indûment placée. De même, si vous vous êtes obligé envers moi à construire sur votre terrain un mur qui doit me servir à moi-même de clôture, et que vous refusiez d'exécuter, je pourrai me faire autoriser à construire moi-même le mur à vos dépens (1).

Pour qu'il en fût autrement, pour que je ne pusse pas être autorisé par la justice à me procurer l'exécution directe et effective de l'obligation de faire ou de ne pas faire que vous refusez d'exécuter vous-même, il faudrait qu'il s'agît d'un fait ou d'une abstention qui ne peuvent être réalisés que par vous-même, et que l'on ne pourrait dès lors accomplir contre votre gré que par des violences dirigées contre votre personne. Ainsi, quand vous m'avez promis de faire un voyage à Lyon pour y traiter telle affaire qui m'intéresse, il est clair qu'on ne peut pas

---

(1) Il n'y a pas violation de l'art. 1142 de la part des juges qui, en condamnant à des dommages-intérêts une partie qui a enfreint l'interdiction portée contre elle par une convention d'exercer une certaine industrie dans un rayon déterminé, ordonnent qu'elle fermera son établissement, sinon qu'il sera fait droit. Cass., 24 fév. 1862 (Dev., 62, I, 241 ; Dall., 62, I, 185).

employer la force pour vous conduire à Lyon. De même, si vous vous êtes engagé, en me cédant votre fonds de commerce, à ne pas ouvrir de boutique dans le même quartier, on ne pourra pas user de violence pour vous chasser de la maison que vous venez occuper à côté de moi. En pareil cas et lorsque l'exécution vous est ainsi purement personnelle, le créancier pourra seulement vous faire condamner à des dommages-intérêts (1).

513. L'art. 1142 ne doit donc pas se prendre à la lettre quand il dit que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Il n'en est ainsi que dans deux cas : 1° quand l'exécution forcée ne pourrait résulter que d'une violence dirigée contre la personne du débiteur; et 2° quand le créancier, quoique maître d'obtenir l'exécution directe par la force, veut bien se contenter des dommages-intérêts.

Et puisque nos art. 1143 et 1144 autorisent à obtenir l'exécution forcée quand la nature des choses le permet, dans les obligations de faire ou de ne pas faire, il est évident qu'on pourra l'obtenir aussi, à plus forte raison, dans les obligations de donner, de procurer une chose, puisqu'il ne s'agira alors que de s'emparer de la chose promise. Nous ne parlons pas seulement du cas d'un corps certain qu'on serait convenu de donner en propriété (car alors ce ne serait pas seulement comme créancier, mais aussi comme propriétaire que le stipulant pourrait réclamer la chose, et, dans ce cas, l'appréhension *manu militari* aurait été permise même à Rome); nous parlons du cas où le créancier n'est que créancier. Dans notre ancien droit déjà, alors que la convention ne rendait pas le créancier propriétaire, celui-ci n'en pouvait pas moins se faire autoriser à la saisir et à s'en mettre en possession (Pothier, n° 156).

1145. — Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention.

N. B. — Il est évident que cette règle appartient exclusivement à la section suivante. C'est là aussi que nous la placerons, ainsi que la partie de l'art. 1143 relative aux dommages-intérêts qui peuvent encore être dus au créancier, alors même qu'il a fait détruire ce qui avait été fait en contravention à l'engagement.

SECTION IV.

DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION.

514. Les dommages et intérêts, ou dommages-intérêts, sont la répa-

---

(1) L'inexécution d'une promesse de mariage ne peut donner lieu à des dommages-intérêts qu'autant qu'elle a causé un préjudice. Douai, 3 déc. 1853 (Dev., 54, II, 193). Mais le préjudice donnant lieu à des dommages-intérêts peut résulter de la grossesse de la fille lorsqu'il est établi, soit par les circonstances, soit par l'aveu de celui qui a fait la promesse, que cette grossesse est son œuvre. Bordeaux, 23 nov. 1852; Grenoble, 18 mars 1864; Toulouse, 28 nov. 1864; Rouen, 15 janv. 1865 et 24 fév. 1865 (Dev., 53, II, 245; 65, II, 169; 65, II, 50; *J. Pal.*, 54, II, 369; 65, 730 et 88). *Conf.* Demolombe (*Mariage*, t. I, n°s 29 et suiv.). *Voy.* aussi *Rev. crit.* (1853, p. 197).

ration 1° du *dommage* que me cause l'inexécution de l'engagement, et 2° du profit, de l'*intérêt,* dont cette inexécution me prive; c'est l'indemnité du *damnum emergens* et du *lucrum cessans.*

Les dommages-intérêts sont dus pour toute inexécution, soit totale, soit partielle, c'est-à-dire pour l'inexécution proprement dite et pour l'exécution incomplète. C'est dans l'exécution incomplète, dans l'inexécution partielle, que rentre l'exécution tardive; car celui qui exécute plus tard qu'il ne le devait, n'exécute pas tout ce qu'il devait, *minùs solvit qui tardiùs solvit* (1).

L'art. 1145, que les rédacteurs ont placé en dehors de notre section, quoiqu'il en fasse évidemment partie, vient de nous dire quand sont dus les dommages-intérêts dans les obligations de ne pas faire : c'est à l'instant même où le débiteur accomplit ce dont il avait promis de s'abstenir. Par suite de ce défaut de méthode, l'art. 1146 ne va parler que des obligations de donner ou de faire.

1146. — Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.

515. On voit que cet article, comme nous l'avions annoncé, ne parle que de l'obligation de donner ou de faire, la règle relative aux obligations de ne pas faire ayant été mise, on ne sait pourquoi, dans la section précédente (art. 1145). A ce premier vice, l'article en ajoute un autre en apportant à son principe une prétendue exception qui n'en est pas une. Le débiteur, dit-il, doit les dommages-intérêts quand il est en demeure, *excepté* lorsque la chose ne pouvait être donnée ou faite que dans un délai qu'il a laissé passer. Mais dans ce cas encore, évidemment, le débiteur est en demeure : quand Pierre m'avait promis de me livrer son cheval tel jour pour me rendre à telle foire, et qu'il me l'amène après la foire passée; quand mon avoué a laissé passer le délai de l'appel qu'il s'était chargé d'interjeter pour moi, il est clair que, s'il me doit des dommages-intérêts, c'est parce qu'il est en retard, *in morâ,* en demeure enfin. Au lieu de nous présenter cette circonstance comme une exception au principe que c'est la mise en demeure qui fait devoir les dommages-intérêts, il fallait la reporter à la fin de l'art. 1139 pour compléter les cas où le débiteur se trouve mis en demeure.

☞ (1) Celui qui est en retard d'exécuter une obligation de faire peut être *condamné* à l'exécuter sous peine de dommages-intérêts déterminés par chaque jour de retard. Cass., 26 juill. 1854, 25 mars 1857, 4 avr. 1865 (Dev., 55, I, 33; 57, I, 267; 65, I, 257; Dall., 54, I, 297; 57, I, 213); Toulouse, 29 juin 1864 (Dev., 64, II, 155). — Les juges peuvent, en ordonnant l'exécution de leur jugement dans un délai déterminé, condamner d'avance la partie à payer, en cas d'inexécution, une certaine somme par chaque jour de retard. Cass., 16 fév. 1859, 6 juin 1859, 24 janv. 1865 (Dev., 59, I, 592; 59, I, 657; 65, I, 84; Dall., 59, I, 53; 59, I, 248; 65, I, 226).

1147. — Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

1148. — Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

516. Dès là que le débiteur a contrevenu à son engagement, soit en faisant tout ou partie de ce qu'il ne devait pas faire, soit en ne faisant pas ou ne donnant pas ce qu'il devait faire ou donner, soit en ne le faisant ou donnant qu'après s'être laissé mettre en demeure, il est passible de dommages-intérêts, et doit être condamné à en payer, s'il y a lieu, c'est-à-dire si le créancier a vraiment subi un préjudice ou manqué de faire un profit (1). Mais le débiteur échappe à la dette de dommages-intérêts s'il prouve que c'est sans sa faute et sans son fait que la contravention à l'obligation s'est réalisée.

Il faut qu'il n'y ait de sa part ni faute ni fait dans l'inexécution de l'obligation; car nous avons vu, à propos de la question des risques, que si c'est le fait du débiteur qui rend l'exécution impossible, il n'est pas moins tenu de l'obligation, et notre art. 1147 reproduit cette idée en déclarant que le débiteur devra les dommages-intérêts, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part, s'il ne prouve pas que l'inexécution provient *d'une cause étrangère*.

517. C'est au débiteur, notre art. 1147 le dit, de justifier de la cause étrangère d'où provient l'inexécution; et ce n'est là que l'application de la règle qui veut que le débiteur prouve sa libération, comme le créancier doit prouver l'obligation (art. 1315).

L'inexécution, quelle qu'elle soit, provient évidemment d'une cause étrangère, et ne donne lieu dès lors à aucuns dommages-intérêts, quand elle est uniquement due à un événement de force majeure. Le Code distingue ici la force majeure et le cas fortuit, qu'il confond souvent ailleurs et que l'on confond habituellement; on peut, en effet, les réunir tous deux sous l'idée commune d'événement indépendant de la volonté du débiteur. Quand on veut les distinguer, il faut dire que le cas fortuit est dû à des forces inintelligentes, comme serait un coup de foudre, une inondation; tandis que la force majeure s'entendra du fait d'autres hommes, comme serait une attaque de voleurs. Mais cette distinction n'a ici aucune utilité. C'est au débiteur, d'après ce qui vient

(1) La clause pénale stipulée pour le cas de retard dans l'exécution d'une obligation ne peut être appliquée au cas d'inexécution absolue de la même obligation, et, réciproquement : les dommages-intérêts dus à raison du préjudice souffert par le créancier dans celle de ces deux hypothèses qui n'a pas été prévue doivent être déterminés par les juges. Cass., 27 juin 1859 (Dev., 59, I, 656; Dall., 59, I, 259).

d'être dit, à prouver le cas fortuit qu'il allègue (art. 1302). Que si, un cas fortuit une fois prouvé par moi débiteur, le créancier prétend à son tour que je ne me suis trouvé soumis à ce cas fortuit que par ma faute, c'est à lui d'établir la faute qu'il prétend devoir me priver du bénéfice de la force majeure dont j'avais fait la preuve (art. 1808).

518. Avant de passer aux articles suivants, dans lesquels le Code va s'occuper du point de savoir comment doit se fixer le chiffre des dommages-intérêts, indiquons ici une règle que nous avons laissée passer inaperçue dans l'art. 1143, et qui consiste à dire que les dommages-intérêts peuvent quelquefois se cumuler avec l'exécution effective de l'obligation.

En effet, si vous n'exécutez qu'après un temps plus ou moins long depuis que je vous ai mis en demeure, ce seul retard a pu me causer un tort, et vous devez le réparer (art. 1146 et 1147); si j'ai dû faire détruire par intervention de la justice les travaux que vous aviez faits en contravention à votre engagement, l'existence, même momentanée, de ces travaux a pu me nuire, et vous pourrez dès lors me devoir des dommages-intérêts, en outre de ce que j'ai déboursé pour la destruction (art. 1143) ; de même, si j'ai dû exécuter moi-même à votre place l'obligation de donner ou de faire à laquelle vous vous étiez soumis, les délais et les dérangements que votre mauvais vouloir a entraînés pourront me donner le droit de réclamer des dommages-intérêts en sus des dépenses que j'ai faites.

1149. — Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

519. Cet article et les suivants ont pour objet de fixer l'étendue des dommages-intérêts, de poser les règles d'après lesquelles on devra mesurer ce que le débiteur doit au créancier pour l'inexécution ou pour l'exécution incomplète ou tardive de son obligation.

Le principe par lequel la loi débute dans notre article allait de soi et résultait de l'expression même de *dommages-intérêts,* puisqu'il n'est que la définition même de ce mot, comme on l'a vu au commencement de cette section. Mon débiteur me devra 1° la perte qu'il m'a fait faire : c'est le *damnum emergens,* c'est le *dommage,* et 2° le gain dont il m'a privé, le *lucrum cessans,* ce qui constitue l'*intérêt.*

Mais, si rationnel et si simple que paraisse ce principe, son application a cependant donné lieu à de graves difficultés. Justinien nous apprend que les incertitudes et les discussions élevées sur cette matière étaient, de son temps déjà, aussi *anciennes* que multipliées : *cùm, pro eo quod interest, dubitationes antiquæ in infinitum productæ sint* (Cod., l. 7, t. 47). Voyons quelles sont sur ce point les règles du Code, règles copiées, sauf quelques modifications, dans les *Obligations* de Pothier (n°s 139 à 172), qui lui-même les avait extraites du Traité spécial de Dumoulin (*Tractatus de eo quod interest*).

520. Le Code divise ici les obligations en deux catégories, ayant chacune son système à part : la seconde est spéciale aux obligations de sommes d'argent (art. 1153-1155) ; la première embrasse toutes les autres (art. 1150-1152).

Pour les obligations n'ayant pas pour objet une somme d'argent, le système du Code, qui va être expliqué dans lès trois articles suivants, se réduit à ces deux règles :

1° Le débiteur ne doit jamais la réparation des pertes qui ne sont qu'une suite éloignée et indirecte du défaut d'exécution (art. 1151) ; et sous ce nom de *pertes,* nous comprenons ici le défaut de gain, le *lucrum cessans* en même temps que le *damnum emergens*.

2° Quant à celles qui sont réellement une conséquence directe de ce défaut d'exécution, le débiteur les doit toutes, s'il y a eu dol de sa part (*ibid.*) ; s'il y a eu simple faute, il ne doit que celles que l'on devait raisonnablement prévoir lors du contrat (art. 1150).

§ 1er. — Des dommages-intérêts dus dans les obligations qui n'ont pas pour objet des sommes d'argent.

1150. — Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.

521. Quand on ne peut reprocher aucun dol au débiteur, on regarde tout naturellement sa dette de dommages-intérêts comme le résultat d'une convention accessoire tacitement arrêtée entre lui et le créancier sur ce point ; et comme cette intention probable des parties n'a pu porter que sur le préjudice que l'on pouvait prévoir d'après les circonstances et le cours ordinaire des choses, c'est seulement la réparation de ce préjudice que doit le débiteur. Quand le débiteur, au contraire, s'est rendu coupable de dol, ce n'est plus par cette idée d'une convention tacite que la mesure de la réparation peut se fixer ; on ne peut pas supposer raisonnablement qu'un débiteur ose faire, ou en tout cas qu'un créancier puisse accepter une proposition comme celle-ci : « S'il m'arrivait de ne pas exécuter notre contrat par fraude et mauvaise foi, vous n'exigeriez pas rigoureusement la réparation de tout le tort que je pourrais vous causer ! »

Il n'y a donc plus à rechercher alors ce que le débiteur a pu prévoir, ce à quoi il a pu consentir ; par son dol, il s'oblige nécessairement, et *velit, nolit,* comme disait Dumoulin (n° 155), à la réparation de tout le dommage causé.

522. Le débiteur qui n'a pas commis de dol ne doit donc réparer que les pertes que les circonstances devaient faire prévoir en contractant. Ceci comprend toujours et nécessairement la réparation du préjudice que le créancier a subi pour se procurer l'équivalent de l'objet promis, et que nos anciens auteurs appelaient dommages-intérêts dus *propter ipsam rem non habitam*. Quant aux dommages soufferts par simple

voie de conséquence de la privation de la chose (et que les auteurs disaient provenir d'ailleurs que de la chose même, *extrinsecùs,* et appelaient dommages étrangers ou extrinsèques), c'est par les circonstances qu'on décidera si le débiteur les doit ou ne les doit pas.

Ainsi, quand je vous ai donné à loyer pour dix-huit ans une maison dont je me croyais à tort le propriétaire, et dont vous êtes expulsé après dix ou douze ans de jouissance, je devrai nécessairement vous indemniser et de vos frais de déménagement et aussi du préjudice qui pourrait résulter pour vous de ce que le prix des loyers a augmenté dans l'intervalle. Mais vous devrai-je aussi le dommage que vous pourriez subir dans votre commerce par la perte de clientèle qu'un changement de maison peut amener? Oui, si j'ai dû prévoir ce dommage lors du contrat, c'est-à-dire si je savais que vous entriez dans ma maison pour y faire ce commerce; mais si je l'ignorais, si, par exemple, vous ne vous êtes fait commerçant qu'après votre entrée dans la maison, je ne vous devrai rien à cet égard (Pothier, nos 161 et 162).

523. En définitive, il n'est pas nécessaire de distinguer les dommages soufferts *propter rem ipsam* ou *extrinsecùs;* il suffit de dire que le débiteur doit tous ceux qu'il a dû prévoir, et que c'est aux tribunaux de décider en fait si tel préjudice aujourd'hui réalisé a dû, oui ou non, entrer dans ses prévisions (1).

1151. — Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

524. Quand c'est par son dol, par sa mauvaise foi, que le débiteur a manqué à son engagement, il doit, comme on vient de le dire, tous les dommages qui sont vraiment une conséquence directe de l'inexécution, sans qu'il y ait à considérer s'il a raisonnablement dû les prévoir, ni même s'il lui a été possible de les prévoir. Ainsi, quand c'est par votre dol que vous me privez des dernières années de jouissance du bail que vous m'aviez consenti, vous me devez indemnité, non-seulement pour mes frais de déménagement et pour l'augmentation du loyer que je pourrais me trouver forcé de subir, mais aussi pour la perte de clientèle que je pourrais faire dans mon commerce, quand même je n'aurais

---

(1) Les dommages-intérêts dus pour défaut de livraison de la marchandise vendue peuvent être de la hausse existant au jour où la livraison a été demandée, et non pas seulement de la hausse au jour fixé pour la livraison. Cass., 19 mars 1855 (Dev., 55, I, 826; Dall., 55, I, 180). — Le vendeur de la chose d'autrui, au cas où le véritable propriétaire de cette chose ne peut plus, à raison de la prescription, être réintégré dans sa propriété, peut être condamné à restituer à ce dernier, à titre de dommages-intérêts, non-seulement la valeur de cette chose au jour de la vente, mais encore la plus-value par elle acquise au jour de la restitution : ces deux éléments constituent la représentation exacte de la chose dont la restitution en nature est devenue impossible. Cass., 20 juill. 1852 (Dev., 52, I, 689; Dall., 52, I, 248).

commencé ce commerce qu'après être entré dans votre maison et sans avoir eu, lors du contrat, aucune idée de m'y livrer plus tard, en sorte qu'il vous aurait été impossible de prévoir ce dommage en contractant.

Mais le débiteur, dans ce cas même de dol, ne doit jamais que les dommages qui sont une suite directe et nécessaire de l'inexécution, ceux dont cette inexécution est vraiment la cause unique. Si, par exemple, dans le déménagement auquel vous a contraint mon inexécution du bail, vous avez perdu ou brisé des objets précieux, je ne serai pas tenu de cette perte, car le déménagement amené par mon dol n'en a pas été la cause, mais seulement l'occasion. De même, si je vous ai livré sciemment un cheval atteint d'une maladie contagieuse, que la présence de ce cheval dans votre écurie ait fait périr tous vos chevaux, et que la mort de vos chevaux vous ait empêché de cultiver vos terres, dans ce cas, je vous devrai bien le prix de tous vos chevaux, car leur mort a pour cause unique la livraison que je vous ai faite d'un cheval malade; mais je ne vous devrai pas le prix de la récolte dont vous avez été privé. Mon dol, en effet, ne constitue pas la cause de cette perte; il joue bien un rôle dans l'ensemble des circonstances qui l'ont amenée, mais il n'en est pas à lui seul la cause : vous pouviez ou acheter d'autres chevaux, ou louer ceux de vos voisins, ou donner vos terres à loyer. Votre défaut de soin, votre mauvaise administration est la vraie cause de ce nouveau dommage.

525. Ainsi, « la règle qui doit être suivie, comme le disait Pothier (n° 167), c'est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages-intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol ceux qui *non-seulement n'en sont qu'une suite éloignée,* mais qui *n'en sont pas une suite nécessaire* et qui peuvent avoir d'autres causes. »

C'est certainement cette idée de Pothier que nos rédacteurs entendent reproduire quand ils disent qu'on ne peut exiger du débiteur coupable de dol que le dommage qui est une suite *immédiate et directe* de l'inexécution. Le cumul de ces deux adjectifs est, à la vérité, peu exact; mais on voit clairement la pensée en se reportant aux deux idées indiquées par Pothier. Le mot *directe* vient expliquer et modifier le sens du mot *immédiate*. Le dommage, pour être dû, n'a certainement pas besoin d'être né *immédiatement* de l'inexécution; il suffit qu'il en résulte *directement*, qu'il ne vienne pas d'autres circonstances combinées avec le dol du débiteur, et que ce dol en soit bien l'unique et véritable cause.

Par *suite immédiate et directe,* notre article entend en définitive une conséquence assez *immédiate* pour qu'elle soit encore *directe*, c'est-à-dire assez peu éloignée pour que des causes étrangères ne soient pas venues se mêler au dol du débiteur et contribuer à produire le résultat.

1152. — Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

526. Le Code s'écarte ici des principes de Pothier, qui enseignait (n° 345), d'après Dumoulin (n° 166), que les dommages-intérêts fixés à l'avance par une convention expresse pouvaient être réduits par le juge lorsqu'il les trouvait excessifs. Le Code, adoptant ici le sentiment contraire d'Azon, veut que le juge fasse exécuter purement et simplement le contrat, sans jamais se permettre d'augmenter ou de diminuer la somme convenue. Et, en effet, cette convention ayant précisément pour but d'éviter les difficultés auxquelles donnera souvent lieu l'appréciation des dommages-intérêts et d'écarter tout examen des faits, il était contradictoire de permettre aux tribunaux de rentrer dans cet examen pour voir si la somme convenue était ou non excessive.

A plus forte raison doit-on rejeter aujourd'hui cette autre règle admise par Pothier et Dumoulin (*ibid.*) d'après la constitution de Justinien (Cod., l. 7, t. 47), que le juge ne peut jamais accorder des dommages-intérêts dépassant le double de la valeur de la chose qui faisait l'objet du contrat primitif. Si le dommage que vous m'avez causé et dont vous me devez réparation, d'après les règles ci-dessus, s'élève à trois fois la valeur de l'objet de notre contrat, est-ce donc une raison pour que je ne sois pas indemnisé?

527. La convention accessoire dont parle notre article et par laquelle les parties fixent à l'avance les dommages-intérêts qui seront dus au créancier soit pour le cas d'inexécution complète, soit pour le simple retard (art. 1147), reçoit le nom de clause pénale, et elle est dans le Code l'objet d'une section entière que nous étudierons bientôt (articles 1226-1233).

§ 2. — Des dommages-intérêts, et de la mise en demeure, dans les obligations de sommes d'argent.

1153. — Dans les obligations qui se bornent au payement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

SOMMAIRE.

I. Les dommages-intérêts ne sont jamais dus ici pour inexécution, mais seulement pour retard dans l'exécution. Ils consistent toujours et uniquement dans l'intérêt légal de l'argent.

II. Depuis 1807, ces dommages-intérêts ne peuvent jamais être augmentés par convention. Dissentiment avec M. Duranton.

III. Ils ne sont dus en principe que du jour où ils sont demandés par une action en justice ou dans une citation en conciliation suivie de l'action.

I. — 528. Nous avions déjà dit que la loi n'applique aux obligations

de sommes d'argent ni la règle de l'art. 1139 sur la mise en demeure, ni celles des articles précédents sur l'évaluation des dommages-intérêts. Cette matière est traitée à part dans notre article et les deux suivants.

Remarquons d'abord que dans les obligations de sommes d'argent il n'y a jamais lieu à dommages-intérêts pour inexécution proprement dite, mais seulement pour retard dans l'inexécution. En effet, il est clair que l'obligation ne peut pas se convertir en dette de dommages-intérêts, c'est-à-dire en dette de somme d'argent, quand elle est dette d'argent primitivement et par elle-même; il n'est pas moins clair que si le créancier ne peut arriver par aucun moyen à obtenir la somme qui lui est primitivement due, il n'arriverait pas davantage à l'obtenir à titre de dommages-intérêts : la condamnation de dommages-intérêts n'augmenterait pas la solvabilité du débiteur. Il ne peut donc être question ici que d'ajouter à la somme qui fait l'objet de l'obligation une somme nouvelle destinée à réparer le tort que le retard cause au créancier. C'est donc avec raison que notre article parle seulement des *dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution*. C'est parce que ces dommages-intérêts ne résultent jamais que du retard, *morâ,* qu'on les appelle *intérêts moratoires,* par opposition aux intérêts dus, dans un prêt ou dans tout autre contrat, pour la jouissance même du capital, et qu'on a coutume d'appeler *intérêts compensatoires.*

529. Mais comment se déterminent ces dommages-intérêts, comment s'apprécieront les torts que le créancier a subis en n'obtenant pas l'argent à l'époque où on devait le lui payer? « Comme ces dommages varient à l'infini, disait Pothier (n° 170), et qu'il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier, il a été nécessaire de les régler comme par une espèce de forfait et à quelque chose de fixe. C'est ce qu'on a fait en les fixant aux intérêts de la somme, au taux de l'ordonnance. » Telle est encore, on le voit, la règle de notre article, qui déclare que les dommages-intérêts ne pourront consister que dans les intérêts fixés par la loi. Cet intérêt légal était, lors de la publication du Code (d'après la loi du 11 avril 1793), et est encore aujourd'hui (d'après la loi du 3 sept. 1807), de 5 pour 100 en matière civile et de 6 pour 100 en matière commerciale.

Donc, par cela seul que le débiteur sera en demeure, et sans qu'il y ait à considérer si le créancier a souffert un préjudice énorme ou s'il n'en a souffert aucun, il sera toujours dû des dommages-intérêts; et ces dommages-intérêts seront toujours l'intérêt à 5 ou 6 pour 100 de la somme qui était due. C'est ce que nous dit notre deuxième alinéa (1).

Mais ce principe n'est pas sans exception. Ainsi, en matière de commerce, le porteur d'une lettre de change qui n'est pas payée à l'échéance peut obtenir, pour se couvrir du tort que lui cause le refus de payement, et par conséquent à titre de dommages-intérêts, non-seulement l'intérêt légal de la somme, mais encore le rechange, c'est-à-dire

(1) *Voy.* Cass., 13 janv. 1852 (Dev., 52, I, 238; Dall., 52, I, 54).

le profit qu'il a payé au banquier pour se procurer de l'argent immédiatement (C. comm., art. 177-186; Pothier, n° 171). En matière civile, la caution qui paye la dette du débiteur principal peut exiger des dommages-intérêts en outre de l'intérêt légal de la somme déboursée (art. 2028). A ces deux exceptions indiquées par notre article, l'article 1846 en ajoute une troisième pour le cas de société (1).

II. — 530. Lors de la publication du Code, la règle par laquelle notre article fixe invariablement les dommages-intérêts à l'intérêt légal de la somme due, ne s'appliquait qu'autant que ces dommages-intérêts n'avaient pas été autrement réglés par une convention spéciale des parties. Ces parties pouvaient, au moyen d'une clause pénale, convenir de dommages-intérêts plus ou moins considérables que l'intérêt légal de l'argent; et l'art. 1152 aurait interdit au juge de diminuer aussi bien que d'augmenter la somme convenue. Mais il n'en est plus ainsi aujourd'hui. La loi du 3 septembre 1807 ne s'est pas contentée, comme celle du 11 avril 1793, de fixer l'intérêt légal de l'argent; elle a déclaré aussi que l'intérêt conventionnel ne pourrait jamais dépasser cet intérêt légal. L'art. 1152 n'est donc plus applicable aux obligations de sommes d'argent; et toute convention de payer à titre de dommages-intérêts, pour le retard dans l'exécution d'une semblable obligation, une somme plus forte que celle résultant de l'intérêt à 5 ou 6 pour 100, se trouverait nulle comme entachée d'usure.

Nous pensons qu'il en devrait être ainsi, malgré le sentiment contraire de M. Duranton (X, 488), alors même que la stipulation d'une somme dépassant le chiffre de l'intérêt légal ne serait faite que dans la prévoyance d'un dommage spécialement déterminé qui viendrait à se réaliser. Car il ne s'agirait pas moins de dommages-intérêts dus pour le retard dans l'exécution d'une somme d'argent; et si, à raison de telle circonstance prévue, il était permis d'augmenter ces dommages-intérêts, il serait donc permis aussi, dans le même cas, de stipuler pour un prêt ou pour tout autre contrat un intérêt supérieur au taux de 5 ou 6 pour 100, en sorte que rien ne serait plus facile que de violer, même ouvertement, la règle positive de la loi de 1807. Aussi Pothier (n° 346) dit-il, sans aucune restriction ni exception, que « les peines stipulées en pareil cas doivent être réduites au taux légitime des intérêts dont elles tiennent lieu. »

III. — 531. Les dommages-intérêts dus en notre matière, et qui ne sont jamais que les intérêts de l'argent, ne sont dus, comme les autres, qu'à compter de la mise en demeure du débiteur. Mais cette mise en demeure ne s'accomplit pas ici comme dans les cas ordinaires : il ne suffit plus ici, comme dans l'art. 1139, d'une simple sommation, et un

---

(1) Le créancier auquel son débiteur en retard a causé préjudice par des procédés vexatoires indépendants de ce retard, ou par des contestations blâmables, peut obtenir des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires du capital de la créance. Cass., 12 nov. 1855, 1er fév. 1864 (Dev., 56, I, 737; 64, I, 62; Dall., 56, I, 162; 64, I, 135).

commandement même serait insuffisant (1); la demande en justice est indispensable.

Nous disons *une demande en justice;* car il ne faudrait pas croire que notre article entend parler d'une demande, d'une simple réquisition de payer : tout le monde reconnaît bien, et on voit assez clairement d'ailleurs par l'article suivant, qu'il s'agit d'une demande judiciaire, d'un exploit introductif d'instance. Toutefois, le Code de procédure (art. 48 et suiv.) ne permettant pas au créancier d'introduire son action en justice avant d'avoir tenté envers son débiteur une conciliation en vue de laquelle il doit l'appeler devant le juge de paix, il était juste de faire courir les intérêts du jour de la citation en conciliation. C'est ce que fait l'art. 57 du même Code, sous la seule condition que cette citation soit suivie de la demande en justice dans le mois à dater du jour de la non-comparution du débiteur ou de la non-conciliation (2).

532. La rédaction trop peu explicite de notre troisième alinéa n'indique pas seulement *la demande de la somme due;* ou bien l'article entend-il l'objet qui doit être demandé pour faire courir les intérêts : s'agit-il ici de parler de *la demande des intérêts* eux-mêmes? Certains jurisconsultes pensent que la demande du capital suffit. Il ne s'agit, peut-on dire, que de mettre le débiteur en demeure; et si la demeure, dans les cas ordinaires, résulte de la simple sommation d'exécuter l'obligation (ce qui est déjà une faveur pour le débiteur), elle doit au moins résulter ici de l'action intentée en justice. — Si naturelle que cette idée puisse paraître, nous ne croyons pas qu'elle ait été celle des rédacteurs. A défaut de renseignements dans les travaux préparatoires du Code, qui sont entièrement muets sur ce point, on en trouve la preuve, selon nous, dans l'article suivant, qui nous dit que les intérêts peuvent eux-mêmes produire des intérêts ou par une demande ou par une convention spéciale : en mettant la demande sur la même ligne que la convention spécialement faite pour les intérêts, la loi indique bien qu'elle entend parler d'une demande portant sur ces mêmes intérêts. Cette preuve se retrouve encore dans l'art. 1207, qui nous dit que *la demande d'intérêts* formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir ces intérêts contre tous. C'est donc bien de la demande des intérêts qu'il s'agit. Telle est aussi la doctrine des auteurs (3).

533. Au surplus, le principe d'après lequel les intérêts moratoires ne courent que par la demande ou la citation en conciliation suivie

---

(1) Rej., 16 nov. 1826; Riom, 17 mai 1830 (Dev., 8, I, 455; 32, II, 463); Aubry et Rau (III, § 308, note 13, p. 65); Larombière (art. 1153, note 20).

(2) La demande formée devant un juge incompétent ne fait pas courir les intérêts moratoires. Cass., 11 janv. 1847; Agen, 5 mars 1849; Douai, 5 août 1857 (Dev., 47, I, 522; 49, II, 178; 58, II, 575; Dall., 47, I, 76; 49, II, 137; 58, II, 52). *Conf.* Larombière (t. I, p. 588). *Contrà :* Aubry et Rau (III, § 308, note 12).

(3) Toullier (VI, 272); Merlin (*Rép.*, v° Intérêts); Duranton (X, 503); Zachariæ, Aubry et Rau (t. III, § 308, note 12, p. 65); Massé et Vergé (t. III, § 550, note 15, p. 402); Larombière (I, art. 1153, n° 24); Limoges, 4 fév. 1847; Bordeaux, 6 mai 1847 (Dev., 47, II, 449; *J. Pal.*, 47, II, 285). *Contrà :* Cass., 20 nov. 1848 (Dev., 49, I, 129; Dall., 48, I, 233). *Voy.* Cass., 9 fév. 1864 (Dev., 64, I, 137; Dall., 64, I, 72).

de cette demande reçoit exception, ainsi que l'indiquent les derniers mots de notre article, dans certains cas où la loi les fait courir dès l'échéance du terme (*voy.* art. 1440, 1473, 1570, 1652, 1846, etc.) (1).

1154. — Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière.

SOMMAIRE.

I. L'anatocisme ou intérêt d'intérêts a toujours été défendu, et l'est encore pour des intérêts futurs. Pour les intérêts échus, il était également prohibé depuis Justinien; mais notre article le permet s'il s'agit d'intérêts dus pour une année.
II. D'après l'interprétation adoptée jusqu'ici, notre article, au contraire, s'appliquerait à la convention relative à des intérêts futurs, et celle pour intérêts échus resterait permise absolument et sans condition.
III. Réfutation de ce système.
IV. Il n'y a rien d'illégal dans la stipulation d'intérêts à 5 ou 6 pour 100 payables par semestre ou par trimestre.

I. — 534. La production d'intérêts par des intérêts, que l'on appelle *anatocisme* (de *ana*, de nouveau, et *tocos*, produit), n'a jamais été permise absolument. L'ancien droit romain l'admettait, mais seulement pour des intérêts *échus*, et sans qu'il fût possible de stipuler à l'avance des intérêts *futurs* (D. I. 12, t. 6, 26, § 1). Le droit de Justinien la prohiba entièrement, et aussi bien pour des intérêts échus que pour des intérêts à échoir, *nullo modo licere usuras* PRÆTERITI TEMPORIS *vel futuri* (C. I. 6, t. 34, 28). Notre ancien droit français maintint cette prohibition absolue; et quoique le droit intermédiaire (loi du 11 avril 1793) déclarât l'argent une marchandise et permît le prêt à intérêt jusqu'alors défendu, comme il ne s'expliquait pas sur l'anatocisme, la jurisprudence continua de le juger illégal (Rej., 8 frim. an 12). Le Code est venu changer cet état de choses et se rapprocher de l'ancien droit romain.

Notre article, comme le droit du Digeste, ne permet de faire produire de l'intérêt qu'à des intérêts *échus;* mais il exige, ce que le droit romain ne faisait pas, qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année. Ainsi, quand je vous ai prêté 40 000 francs à 5 pour 100, je puis, au bout d'une année, soit en faisant avec vous une convention sur ce point, soit en formant sur cet objet une demande en justice, faire courir les intérêts des 2 000 francs que vous me devez pour l'année de jouissance des 40 000 francs; car il s'agit d'intérêts 1° *échus*,

(1) Celui qui retient une somme qu'il a reçue d'un débiteur pour la remettre au créancier dont il était le mandataire peut être condamné aux intérêts de cette somme à partir du jour de la réception et non pas seulement du jour de la demande, cette rétention constituant un véritable quasi-délit. Cass., 8 fév. 1864, 23 août 1864 (Dev., 65, I, 177 et 227).

et 2° dus *pour une année entière* (1). — Mais si, suivant un usage à peu près universel (et qui n'a rien d'illégal, quoi qu'en aient dit quelques jurisconsultes), vos intérêts sont payables par semestre, je ne pourrais pas, par demande judiciaire ou par convention, faire produire des intérêts aux 1 000 francs que vous me devez pour une jouissance de six mois; car si, dans ce cas, les intérêts sont *échus,* ils ne sont plus *dus pour une année :* la première condition de notre article existe, mais la seconde n'existe pas. — Réciproquement, je ne pourrais pas, au moment où je vous prête les 40 000 francs, stipuler à l'avance qu'à la fin de chaque année vous garderez les intérêts qui se trouveront dus pour les joindre au capital, en devoir les intérêts l'année suivante, et capitaliser ainsi d'année en année tous les intérêts de l'année précédente. Il s'agirait bien, en effet, d'intérêts d'une année entière; mais ce ne seraient pas des intérêts *échus* lors de la convention : on stipulerait ici sur des intérêts *futuri temporis,* et la première condition de notre article manquerait.

II. — 535. L'exactitude de l'interprétation que nous venons de donner à notre article nous paraît inattaquable en présence du texte de la loi et des précédents du Code, et pourtant elle est contraire à celle qu'ont adoptée jusqu'ici les auteurs et que semble aussi vouloir adopter la jurisprudence (2).

Voici ce qu'on peut dire pour le système contraire, système qui paraît tout d'abord assez rationnel, mais qui ne saurait soutenir le choc de l'examen :

« Toutes les fois que les intérêts d'un capital sont actuellement échus, ils forment réellement un capital plus petit, susceptible comme tout autre de produire aussi des intérêts. Car enfin, lorsque vous me devez 1000 francs pour l'intérêt d'une somme que je vous ai prêtée, je puis, en recevant de vous ces 1 000 francs, les placer de suite à intérêt soit entre vos mains, soit entre les mains de tel ou tel autre. Il n'est donc pas besoin d'un texte spécial pour permettre de faire produire par convention des intérêts aux intérêts échus : cette faculté découle tout naturellement des principes généraux. Donc, notre article, en permettant par une règle particulière cette convention d'intérêt des intérêts,

---

(1) La capitalisation des intérêts échus d'un capital, pour qu'ils produisent eux-mêmes des intérêts, peut être demandée, bien que la créance ne soit pas liquide et dépende d'un compte à faire entre les parties. Cass., 11 nov. 1851 (Dev., 52, I, 17; Dall., 51, I, 318).

(2) Delvincourt, Toullier (VI, 271); Duranton (X, 499 et 500); Zachariæ (II, p. 325); Paillet (*Encyclop. du dr.*, v° Anatoc.); Rej., 11 déc. 1844 (Dev., 45, I, 97). — Jugé que les intérêts du solde d'un compte courant entre commerçants peuvent être capitalisés à des termes périodiques moindres qu'une année au moyen d'arrêtés de comptes trimestriels ou semestriels. Colmar, 27 mai 1846; Cass., 12 mars 1851, 14 nov. 1864 (Dev., 47, II, 491; 51, I, 401; 64, I, 491; *J. Pal.*, 48, I, 231; 51, II, 388; 64, 1268). *Sic* Aubry et Rau (III, § 308, p. 73). — Mais il faut qu'il ait été convenu qu'il y aura des arrêtés de comptes périodiques et effectifs dont le solde sera immédiatement exigible. Il ne suffirait pas qu'il eût été convenu que le compte courant serait arrêté à des époques périodiques, par exemple tous les trois mois. Cass., 14 mai 1850, 16 déc. 1851 (Dev., 50, I, 441; 55, I, 105; Dall., 50, I, 157; 54, I, 283). *Voy.* aussi Cass., 18 mars 1850; Orléans, 2 déc. 1853; Nîmes, 6 déc. 1860 (Dev., 50, I, 581; 55, II, 298; 61, II, 56; Dall., 50, I, 101; 61, II, 104).

entend parler d'intérêts qui sont encore à échoir lors de la convention, d'intérêts qui ne seront dus que plus tard. L'article doit donc s'entendre ainsi :

« Les intérêts échus peuvent produire des intérêts, ou par une de-
» mande en justice, ou par une convention spéciale *faite à l'avance,*
» pourvu qu'il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. »

Ainsi, dans ce système, dès là qu'il s'agirait d'intérêts actuellement échus, d'une convention postérieure à l'échéance, ces intérêts, quoique dus pour une jouissance de moins d'une année, pourraient en produire d'autres à leur tour par l'effet de la convention ; ce serait là un cas restant sous l'empire du droit commun et dont notre article ne s'occuperait pas. Pour les intérêts à échoir et faisant l'objet d'une convention antérieure à leur échéance, une règle particulière était nécessaire, et c'est pour cette convention antérieure que notre article serait écrit (1).

III. — 536. Si plausible que puisse paraître cette explication, il est certain qu'elle est inexacte.

D'abord, il est évidemment arbitraire de faire dire à la loi qu'il s'agit de conventions antérieures à l'échéance, alors que l'article n'en dit pas un mot ; et cette affirmation gratuite et divinatoire se trouve déjà contredite par le texte de notre article et du suivant, puisqu'ils mettent la convention sur la même ligne que *la demande judiciaire,* ce qui indique bien qu'il s'agit d'une convention faite sur des intérêts que l'on pourrait réclamer judiciairement, et dès lors sur des intérêts échus dès à présent.

L'historique du droit sur cette matière indique d'ailleurs suffisamment la pensée du législateur. Si notre ancien droit français n'avait pas défendu la convention d'anatocisme pour les intérêts actuellement échus, si cette convention avait été considérée comme allant de soi et devant rester sous l'empire du droit commun, alors sans doute les rédacteurs n'auraient pas eu la pensée d'écrire un article pour la permettre, et il eût été naturel de dire que la faculté qu'ils accordaient s'appliquait aux conventions antérieures à l'échéance, et faites pour des intérêts futurs. Mais quand on sait que *pendant treize cents ans* la législation de Justinien, et notre ancienne jurisprudence, et le droit intermédiaire lui-même, avaient sévèrement proscrit l'anatocisme, aussi bien pour les intérêts échus que pour les intérêts à venir, *nullo modo vel* PRÆTERITI TEMPORIS *vel futuri,* il est bien impossible de s'imaginer que nos rédacteurs aient regardé cette convention *de usuris præteriti temporis* comme allant de soi, ainsi que le dit M. Duranton ; il est évident, au contraire, que, pour rendre possible à l'avenir une convention

(1) Jugé que l'art. 1154 doit être entendu en ce sens que les intérêts courus pendant une fraction d'année, en sus d'une ou plusieurs années révolues, doivent être compris dans le calcul de la capitalisation tout aussi bien que les intérêts des années entières et complètes. Cass., 17 mai 1865 (Dev., 65, I, 250 ; *J. Pal.*, 65, 611). *Sic* Larombière (art. 1154, note 4).

prohibée depuis treize siècles, il fallait une règle expresse, et que cette règle est celle de notre article.

Quant à l'anatocisme par convention antérieure aux échéances et pour des intérêts futurs, on ne peut pas s'étonner que le Code ne l'admette pas, puisque, comme on l'a vu, il n'a été admis *à aucune époque que ce soit;* l'ancien droit romain lui-même permettait bien *usuras usurarum,* mais non *usurarum* FUTURARUM.

Et cette règle est aussi remarquable par sa sagesse que par son antiquité; car la convention préalable et générale d'intérêt des intérêts futurs est le meilleur moyen qui se puisse imaginer pour ruiner les débiteurs. Quand les intérêts ne peuvent produire des intérêts nouveaux qu'au moyen de demandes judiciaires, ou de conventions réitérées d'année en année, comme le veut notre article, le débiteur se trouve ainsi averti de sa position chaque fois qu'elle s'aggrave; tandis que, quand il se lie à l'avance, pour toute la durée du prêt, par une convention unique, il s'endort dans une confiance aveugle, et n'aperçoit le précipice que quand il est creusé jusqu'au fond... L'espèce jugée par l'arrêt de 1844 nous en donne un exemple frappant, puisqu'une dette primitive de 30 000 francs s'y trouvait montée, lors de l'échéance, au chiffre énorme de 92 000 francs!

L'article suivant prouve bien que le nôtre n'a entendu parler que de conventions postérieures à l'échéance. Il dit, en effet, que, par exception à notre règle, les sommes dont il parle pourront produire intérêt toujours et absolument du jour de la demande ou *de la convention.* La loi entend donc notre règle en ce sens que l'intérêt des intérêts, selon que ceux-ci seront dus ou non pour une année au moins, courra ou ne courra pas du jour de la demande ou *de la convention.* Mais puisque telle est la pensée du Code, il n'entend donc pas parler d'une convention antérieure à l'échéance des intérêts; car s'il s'agissait d'une convention faite à l'avance et précédant l'exigibilité, ce ne serait pas du jour de cette convention que les intérêts pourraient courir ou ne pas courir, mais du jour de l'échéance... Si donc le législateur avait eu dans notre article la pensée qu'on lui prête, il n'aurait pas rédigé comme il l'a fait l'exception de l'article suivant.

Notre article présente un autre argument qui suffirait à lui seul pour réfuter le système adopté jusqu'ici. Nous avons déjà fait remarquer que le texte met la demande judiciaire sur la même ligne que la convention, et lui donne la même force. Cela devait être; car lorsque mon débiteur refuse et de me payer les intérêts qu'il me doit, et de consentir à leur faire produire de l'intérêt, il est clair que je ne puis pas être victime de son mauvais vouloir, et que je dois obtenir par mon action en justice ce que j'aurais obtenu par une convention. Or, la demande en justice, qui n'est possible, bien entendu, que pour des intérêts actuellement échus, ne peut leur faire produire de l'intérêt que quand ils sont dus pour une année: sur ce point, notre article est formel et ne se prête pas à la fausse interprétation qu'on lui a donnée pour le cas de convention. Cela étant,

cette convention ne pourra donc aussi faire produire de l'intérêt à des intérêts échus qu'autant que ces derniers seraient dus pour une année également. Or, si la convention relative à des intérêts *échus* est nulle quand ces intérêts sont dus pour moins d'une année, à plus forte raison doit-on reconnaître nulle celle qui ne porte que sur des intérêts *à échoir !*

Enfin, ce qui prouve péremptoirement la pensée de la loi, c'est la discussion par suite de laquelle le conseil d'État est arrivé à l'adoption de notre article. Il n'y fut jamais question, en effet, que de la production d'intérêts par des intérêts déjà exigibles, et liquidés au moment de la convention. — M. Pelet demande si l'on pourra « joindre au capital originaire *les intérêts liquidés,* pour ne faire du tout qu'un seul et même capital. » — M. Cambacérès ne veut pas que ce soit possible par l'effet d'une demande en justice, et ne consent à l'admettre que par le moyen d'une convention : « Si, dit-il, par une convention *nouvelle,* ajoutant au capital primitif les intérêts *échus,* le créancier stipulait des intérêts qui deviendraient le prix de ce *nouveau crédit,* la convention devrait avoir effet. » — M. Maleville rappelle que le droit antérieur ne permettait pas de réunir au capital les intérêts échus, ni par un jugement, ni même par une convention, et il demande le maintien de cet ancien principe. — M. Regnault, au contraire, demande « que toute *liquidation* d'intérêts faite, soit de gré à gré, soit judiciairement, fasse produire des intérêts à la totalité des sommes *dont elle constitue débiteur.* » Après de nouvelles objections auxquelles répond M. Regnault, M. Bigot fait observer « qu'il faudrait du moins pourvoir à ce que l'intérêt des intérêts ne pût être exigé ou convenu lorsqu'il ne s'agirait pas d'intérêts dus au moins pour une année entière. » — Après une dernière objection de M. Tronchet, MM. Cambacérès, Lacuée et Treilhard adoptent le système de MM. Regnault et Bigot; et sur le renvoi à la section de législation, celle-ci rédigea et fit adopter l'article que nous lisons aujourd'hui dans le Code (Fenet, t. XIII, p. 61-66). Il est donc hors de controverse que la pensée de notre article, pensée que ses termes présentent en effet tout naturellement, est bien que « quand des intérêts sont actuellement échus et liquidés, et qu'ils sont dus pour une année au moins, on peut leur faire produire de l'intérêt ou par une demande en justice ou par une convention nouvelle. »

Ainsi donc, et le contexte de notre article, et la pensée intime qu'il révèle, et les précédents du Code pendant treize siècles, et les explications précises des rédacteurs eux-mêmes, tout prouve l'exactitude de notre interprétation (1).

IV. — 537. Nous avons dit plus haut que la loi ne défend pas la stipulation d'intérêts à 5 ou 6 pour 100 payables par semestres ou par trimestres. Quelques jurisconsultes ont soutenu le contraire en faisant remarquer que le payement ainsi fractionné augmente un peu l'intérêt, puisqu'il fait perdre au débiteur la jouissance, pendant tout le second

---

(1) *Conf.* Nîmes, 9 fév. 1827; Poujol (n° 7).

semestre, de ce qu'il a payé à la fin du premier : l'intérêt stipulé alors à 5 ou 6 se trouve donc dépasser un peu ce taux légal de 5 ou 6.

Ceci est très-vrai; mais il n'en faut pas conclure que la stipulation dépasse pour cela les limites légales. Le législateur de 1807 savait parfaitement que l'usage général était de fractionner le payement des intérêts par trimestres ou semestres; et c'est ainsi qu'a toujours payé l'État lui-même. La loi, en permettant l'intérêt *à* 5 *ou* 6, a donc évidemment entendu 5 *ou* 6 *payables soit par année, soit par intervalles de trois ou six mois.*

1155. — Néanmoins les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention.

La même règle s'applique aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur.

538. Les revenus périodiques dont parle le premier alinéa de cet article ne sont plus des intérêts capitaux et ne se trouvent pas soumis dès lors à la règle portée par l'article précédent sur l'anatocisme. Ainsi, les produits d'une rente, soit perpétuelle, soit viagère, peuvent s'accumuler sans faire naître pour le débiteur le danger de ruine que présenterait l'accumulation des intérêts se joignant au capital, puisque ce débiteur n'aura jamais à rembourser la rente, à moins qu'il ne le veuille bien. Il était donc naturel de ne pas mettre les arrérages de rentes sur la même ligne que les intérêts d'un capital exigible. Quant aux revenus de fermes, maisons ou autres biens donnés à loyer, ce ne sont nullement des produits de sommes d'argent, et la règle leur était encore moins applicable. — Ces diverses sommes restent donc sous l'empire du droit commun; et rien n'empêche de leur faire produire intérêt, soit par une demande, soit par une convention nouvelle, dès qu'elles sont dues (pour si peu de temps que ce soit), soit même par une convention antérieure à l'échéance.

Quand le possesseur d'un immeuble revendiqué par le vrai propriétaire est condamné à lui en restituer les fruits, c'est-à-dire une somme d'argent représentant la valeur de ces fruits, il est clair que cette somme ne constitue pas l'intérêt d'un capital, et qu'elle pourra produire des intérêts (1). — Enfin, quand un tiers a payé pour moi à mon créancier une somme que je devais à celui-ci pour intérêts, cette somme, qui constitue de simples intérêts entre moi et mon créancier, est évidemment un capital entre le tiers et moi; et elle pourra produire des intérêts au profit de ce tiers, sans qu'il y ait à considérer si je la devais pour plus ou moins d'une année.

---

(1) Les fruits restituables par un possesseur de mauvaise foi ne sont pas de plein droit productifs d'intérêts; ces intérêts ne sont dus qu'à partir de la demande. Cass., 16 nov. 1858 (Dev., 59, I, 941; Dall., 58, I, 413). — Mais ils peuvent être accordés à partir d'une époque antérieure à la demande s'ils sont alloués à titre de dommages-intérêts. Cass., 9 fév. 1864 (Dev., 64, I, 137; Dall., 64, I, 72).

539. *Nous plaçons ici l'indication des numéros où se trouvent les articles dont nous avons dû intervertir l'ordre dans ce chapitre :*

	Numéros.		Numéros.
1134 et **1135**	463	**1139**	510
1136	477	**1140** et **1141**	487
1137	505	**1142** à **1155**	511
1138 (1re part.)	480	**1156** à **1164**	468
1138 (2e part.)	508	**1165** à **1167**	491

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

540. Ce chapitre (dont la rubrique est trop vague, puisqu'elle ne dit pas sous quel rapport et à quel point de vue les obligations y sont divisées) traite seulement des différentes modalités qui peuvent affecter les obligations. Ainsi, quoique les obligations (même sans rappeler leur division en conventionnelles et non conventionnelles) présentent des espèces distinctes, selon qu'elles sont naturelles ou civiles (art. 1235), privilégiées ou ordinaires (art. 2093), de donner ou de faire, principales ou accessoires, exclusivement personnelles ou transmissibles aux ayants cause, etc., il ne s'agit cependant pas ici de ces idées; et nos rédacteurs, tout en reproduisant la rubrique large et compréhensive sous laquelle Pothier, toujours logique dans son plan, avait fait rentrer toutes les divisions des obligations (2e part., n° 173), ne rangent ici les obligations en diverses espèces que sous un point de vue beaucoup plus restreint. On le voit par l'intitulé des sections, qui s'occupent successivement : 1° des obligations conditionnelles; — 2° des obligations à terme; — 3° des obligations alternatives; — 4° des obligations solidaires; — 5° des obligations divisibles et indivisibles; — 6° et des obligations avec clause pénale.

Nous ajouterons à cette nomenclature, et nous expliquerons à la fin de la section IV, qui traite des obligations alternatives, les obligations *facultatives,* qui présentent une certaine ressemblance avec les premières, mais qu'il faut cependant bien se garder de confondre avec elles; et nous parlerons des obligations naturelles sous l'art. 1235.

SECTION PREMIÈRE.

DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES.

540 *bis*. L'obligation *conditionnelle,* celle qui dépend d'une condition, a pour corrélatif l'obligation *pure et simple*. Mais cette dernière qualification présente, selon les circonstances, deux sens différents : si elle signifie, dans une acception large, toute obligation qui n'est pas conditionnelle, même celle qui serait soumise à un terme, souvent aussi elle indique seulement celle qui n'a reçu ni terme ni condition. Il suit de là que l'obligation à terme, que l'on oppose souvent à l'obligation

pure et simple, se nomme elle-même pure et simple par rapport à l'obligation conditionnelle.

§ 1er. — De la condition en général, et de ses diverses espèces.

541. La loi, dans ce paragraphe, va nous indiquer successivement :

1° La nature et les diverses espèces de la condition (art. 1168-1174);

2° Les règles sur l'accomplissement de cette condition (art. 1175-1178);

3° Les effets de cette condition, avant et après l'accomplissement (art. 1179 et 1180).

1° *Ce que c'est que la condition, et de ses diverses espèces.*

1168. — L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas.

SOMMAIRE.

I. Ce que c'est que la condition. — Elle est toujours suspensive; la condition qu'on appelle *résolutoire* est celle qui suspend la résolution du droit au lieu de suspendre le droit lui-même.

II. Observations.

I. — 542. On appelle condition un événement futur et incertain duquel dépend l'existence d'un droit (*voy.* l'explication de l'art. 1181).

Notre article nous présente cet événement futur et incertain comme pouvant constituer deux espèces de conditions, selon qu'il est considéré comme suspendant un droit qui n'existe pas jusque-là, ou comme pouvant résilier un droit qui existe déjà. Dans le premier cas, quand j'ai dit, par exemple : « Je vous vends ma maison pour 25 000 francs si tel navire revient des Indes », on dit qu'il y a *condition suspensive,* condition dont va s'occuper spécialement le § 2 (art. 1181 et 1182). Dans le second cas, quand j'ai dit : « Je vous vends ma maison pour 25 000 fr., mais la vente sera non avenue si tel navire revient des Indes », on dit qu'il y a une *condition résolutoire,* laquelle fait l'objet du § 3 (art. 1181-1184).

Cette division de la condition en suspensive et résolutoire n'a, au fond, rien de réel; c'est une chose de convention, une manière de parler qu'il est bon de suivre, puisqu'elle est générale aujourd'hui, mais qui n'est pas exacte : il n'y a, et ne peut y avoir, qu'une seule condition, la condition suspensive... — Qu'est-ce, en effet, qu'une chose conditionnelle? C'est celle qui existe peut-être et peut-être n'existe pas, dont l'existence est actuellement douteuse et incertaine, dont l'existence est en suspens. Quand je dis : « Je vous vends si... », « vous êtes propriétaire si... », « je suis votre créancier si... », on ne peut pas dire quant à présent que la vente, la propriété ou la créance existent, et on

ne peut pas dire non plus qu'elles n'existent pas ; l'existence de la chose est incertaine, elle est vraiment affectée d'une condition, et cette condition est suspensive. Au contraire, le droit qui existe dès à présent et qui peut seulement se résoudre n'est pas et ne peut pas être conditionnel ; car, précisément, pour pouvoir se résoudre, il faut qu'il existe actuellement, et puisqu'il a une existence actuelle et connue, il n'est donc pas affecté de la condition. Il est bien vrai que dans ces formules : « Je vous vends, mais la vente sera résolue si... », « vous êtes propriétaire, mais votre propriété s'évanouira si... », « je suis votre créancier, mais ma créance sera non avenue si... », il est bien vrai qu'il y a une condition ; mais cette condition, au lieu de tomber sur le droit, tombe *sur la résolution* de ce droit, en sorte que le droit est pur et simple, et sa résolution conditionnelle. Et remarquons bien que la condition qui affecte ici la résolution du droit pur et simple est toujours suspensive, comme la condition qui affectait plus haut le droit lui-même. Tout ceci se touche du doigt et se démontre matériellement, pour ainsi dire, par le simple aspect de la formule ; car la formule contient ici deux propositions dont la seconde seulement, celle qui établit la résolution, présente le *Si* indicatif de la condition, tandis que la première, celle qui établit le droit, en est exempte : 1° « Vous êtes propriétaire », c'est là une proposition pure et simple, qui pose un droit pur et simple ; 2° « votre propriété se résoudra si... », voici la résolution conditionnelle, affectant le droit pur et simple.

Donc, il n'y a, et il ne peut y avoir qu'une espèce de condition, la condition suspensive, qui suspend et rend incertaine l'existence de ce à quoi on l'applique ; seulement, cette condition peut s'appliquer ou au droit même, ou simplement à la résolution de ce droit. Ainsi, et en ce qui touche notre matière des obligations, l'obligation vraiment conditionnelle, vraiment soumise à une condition, est celle qui est sous condition suspensive ; quant à celle que l'on dit être sous condition résolutoire, c'est une obligation pure et simple soumise à une résolution conditionnelle. C'est ce qu'avaient parfaitement exprimé les jurisconsultes romains : *Obligatio pura, quæ sub conditione resolvitur ;* et Pothier, sans faire remarquer l'inexactitude des mots *condition résolutoire,* avait, du moins, soin de dire que l'obligation contractée sous une condition résolutoire est parfaite dès l'instant du contrat ; que le créancier en peut poursuivre de suite le payement (n° 224) ; et il avait même soin de n'appeler *obligations conditionnelles* que celles qui sont sous condition suspensive, en ne désignant les autres que par le nom d'*obligations résolubles* (comparez la rubrique de son art. 1er avec celle de son art. 2).

II. — 543. Au reste, s'il est important de se pénétrer de ces idées, il l'est peu de les exprimer de telle ou telle manière ; et il n'y a aucun inconvénient à parler, comme il est d'usage de le faire, de condition suspensive et de condition résolutoire. On conçoit même qu'il était assez naturel de s'exprimer ainsi. En effet, toute condition ayant un effet rétroactif (art. 1179), et la résolution conditionnelle, quand elle

s'accomplit, faisant que l'obligation n'a jamais existé, il est évident que la condition qui porte sur la résolution du droit porte aussi, médiatement mais nécessairement, sur le droit lui-même. Acceptons donc, sans le critiquer, le langage reçu; mais n'oublions pas que l'obligation sous condition suspensive est celle dont l'existence dépend directement de la condition, tandis que l'obligation sous condition résolutoire est celle dont l'existence est dès à présent établie, et peut seulement se résoudre conditionnellement.

Il est évident, au surplus, quoique notre article ne le dise pas, que la non-arrivée de l'événement, tout comme son arrivée, peut être prise pour objet de la condition aussi bien dans la condition suspensive que dans la condition résolutoire; si je puis soumettre la résolution d'une vente à la condition que tel navire reviendra des Indes ou à celle qu'il n'en reviendra pas (comme le dit la fin de l'article), je puis aussi soumettre la vente elle-même à l'une comme à l'autre de ces conditions, quoique le milieu de l'article ne parle que de la première. C'est-à-dire que la condition peut être *positive* ou *négative* aussi bien quand elle tombe sur le droit lui-même que quand elle porte sur la résolution de ce droit.

544. Une dernière observation importante à faire, c'est que, quand il s'agit d'un transport de droits réels, la condition dont on fait dépendre l'existence du droit pour l'une des parties emporte toujours, par la nature même des choses, la condition contraire pour l'autre partie; en sorte que, si l'acquéreur du droit l'obtient sous condition suspensive, l'aliénateur le conserve sous condition résolutoire, et *vice versâ*. Ainsi, quand je dis : « Je vous vends ma maison pour 25 000 fr. si tel navire revient », vous n'avez pas immédiatement le droit de propriété, vous n'en avez que le germe, vous êtes propriétaire sous la condition suspensive du retour du navire; et par là même, moi, qui reste propriétaire actuel, je ne le suis plus que sous la condition résolutoire du même événement. Il est clair, en effet, que le retour du navire, en faisant naître rétroactivement votre propriété, résoudra rétroactivement la mienne. Que si j'ai dit : « Je vous vends ma maison, mais la vente sera résolue si le navire revient », vous êtes immédiatement propriétaire, mais sous la condition résolutoire du retour du navire; et, par cela même que je cesse d'être propriétaire et puis seulement le redevenir, je me trouve propriétaire sous condition suspensive. En effet, le retour du navire, en venant résoudre votre propriété, rétablirait la mienne. — Donc, toutes les fois qu'il s'agit de la translation d'un droit d'une personne à une autre, la condition dont ce droit dépend pour la seconde personne fait toujours dépendre ce même droit, pour la première personne, de la condition opposée.

1169. — La condition *casuelle* est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur.

1170. — La condition *potestative* est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention, d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une

ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

1171. — La condition *mixte* est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers.

545. Après nous avoir présenté implicitement, dans l'art. 1168, la division des conditions 1° en suspensives et résolutoires, 2° en positives et négatives, le Code, dans nos trois articles, les divise expressément en *casuelles, potestatives* et *mixtes,* ce qui offre peu d'intérêt.

Dans le système du Code, la condition est casuelle, 1° toutes les fois que l'événement ne dépend nullement de la volonté d'une des parties, soit qu'il dépende ou du hasard entièrement (par exemple, si l'année est favorable aux récoltes), ou entièrement de la volonté d'un tiers (si telle personne me consent un droit de passage sur son terrain), ou tout à la fois de la volonté d'un tiers et du hasard (si tel jeune homme se fait recevoir médecin); 2° toutes les fois que, dépendant partiellement de la volonté d'une des parties, il dépend aussi du hasard assez pour que cette volonté ne soit nullement maîtresse de le faire accomplir ou défaillir (si j'ai des enfants). Que si la condition dépendait du concours de la volonté d'une partie et de la volonté d'un tiers, elle serait mixte (art. 1171). — La condition est potestative toutes les fois que, d'après le cours ordinaire des choses, il est au pouvoir d'une des parties de faire accomplir ou défaillir l'événement, alors même que cet événement présenterait d'ailleurs quelque chose d'accidentel (si je jette bas mon mur, si je fais bâtir une maison). — Elle est mixte, enfin, comme on l'a dit déjà, lorsqu'elle dépend de la volonté d'une partie et de la volonté d'un tiers.

546. Au surplus, cette classification que les rédacteurs ont copiée, et copiée fort inexactement, dans Pothier (n° 201), ne présente ici aucune utilité; nous verrons même que la mauvaise rédaction de l'article 1174 la rend dangereuse : il eût mieux valu supprimer nos trois articles.

1172. — Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.

SOMMAIRE.

I. Généralité trop grande de cette règle, copiée avec peu d'intelligence dans Pothier. Restrictions qu'elle doit recevoir quant à la condition suspensive.
II. Et quant à la condition résolutoire.

I. — 547. On a vu sous l'art. 900 que, par une routine qu'on ne saurait justifier, nos législateurs ont adopté pour les testaments, et même étendu aux donations entre-vifs, une règle toute contraire à celle de notre article, et qui consiste à supprimer la condition impossible ou illicite, pour rendre la disposition pure et simple.

Au reste, en copiant la disposition de notre art. 1172 dans l'ali-

néa 1er du n° 204 de Pothier, nos rédacteurs ont eu le tort de ne pas la soumettre aux distinctions que Pothier faisait entre les conditions positives et négatives, suspensives et résolutoires, et leur règle devient fausse par sa généralité. Il n'est pas vrai que *toute condition* (soit positive, soit négative, soit suspensive, soit résolutoire) ayant pour objet une chose impossible, immorale ou illicite, rende nulle la convention à laquelle elle est apposée.

Quand je dis, par exemple : « Ma maison est à vous pour 20 000 fr. si je n'arrête pas le soleil », il est bien clair que, si la condition est forcément nulle, la convention, au contraire, loin de se trouver nulle aussi, est pure et simple, dès à présent parfaite et irrévocable. C'est ce qu'expliquait très-bien Pothier (alin. 4); et les rédacteurs ont si bien senti cette vérité, qu'ils ont ajouté à notre article l'art. 1173, pour restreindre la règle trop absolue du premier et dire que, quand la condition d'une chose impossible serait de ne pas faire, l'obligation ne serait pas nulle.

548. Mais cette restriction apportée à notre article par l'article suivant, pour le cas seulement d'une chose impossible, ne suffit pas. En effet, alors même que la condition négative, celle de ne pas faire la chose, aurait pour objet une chose contraire aux lois ou aux mœurs, une chose illicite, il n'y aurait pas toujours nullité, et il serait souvent conforme aux règles du droit et de la saine morale de maintenir et reconnaître valables et la condition et la convention qui en dépend. La raison nous présente ici une distinction qui n'avait pas échappé à Pothier... Quand, pour fortifier votre volonté et vous aider à vaincre la passion qui vous entraîne vers telle femme, mariée à un autre, nous sommes convenus que je vous céderai pour tel prix la maison de campagne que vous désirez vivement m'acheter depuis longtemps, mais sous cette condition expresse « si vous cessez d'aller chez cette femme », il est clair que nous n'avons rien fait que de très-honorable, et que la religion comme la loi demandent le maintien d'un pareil contrat. S'il s'agit, au contraire, d'un fripon qui n'a voulu que se faire payer par moi son abstention d'un acte mauvais, il est évident que ma promesse n'a rien d'obligatoire. — Pothier, dont les rédacteurs ont évidemment entendu reproduire ici les principes par les passages tronqués qu'ils ont extraits de son n° 204, professait cette doctrine. Il commençait par dire que la condition d'une chose impossible ou illicite ne rend l'acte nul absolument et toujours que quand elle est condition *positive,* quand elle consiste *in faciendo* (alin. 2). Quant à celle qui est négative, qui consiste *in non faciendo,* il dit qu'elle ne rend jamais l'obligation nulle si elle est d'une chose impossible (et c'est ce que répète l'art. 1173); mais que si elle est d'une chose contraire aux mœurs ou aux lois, *elle peut, selon les cas,* rendre l'acte nul, parce qu'il serait contraire à la justice de stipuler une somme pour s'abstenir à prix d'argent de ce dont on est tenu de s'abstenir par devoir (alin. 4).

II. — 549. La règle de notre article se trouve encore fausse par trop

de généralité, et nos rédacteurs, en la copiant dans Pothier, se sont encore écartés, sans le vouloir ni s'en apercevoir, de la pensée de leur guide, en ce qui touche la condition résolutoire.

Pothier, en effet, dans son n° 204, n'entendait parler que des conditions suspensives. C'est évident, puisqu'il ne s'occupe que d'elles dans tout son art. 1er, nos 198 à 223, et n'arrive aux conditions résolutoires que dans son art. 2, nos 224 et suivants. Notre article, au contraire, en venant après l'art. 1168, se trouve embrasser aussi les conditions résolutoires, auxquelles cependant il n'est pas également applicable.

Ainsi, par cela même que la convention est nulle quand j'ai dit : « Je vous vends ma maison si vous arrêtez le soleil », elle est au contraire valable, elle se trouve pure et simple et irrévocable quand j'ai dit : « Je vous vends ma maison, mais la vente sera résolue si j'arrête le soleil. » L'impossibilité de la chose prévue et la certitude qu'elle n'arrivera jamais rendent ici impossible la dissolution de l'obligation, comme dans le premier cas elles en rendent impossible la réalisation.

550. On conçoit que, par la nature même des choses, la règle sera pour la condition résolutoire précisément le contraire de ce qu'elle est pour la condition suspensive : c'est-à-dire qu'il faudra appliquer dans un cas, à la condition de faire, ce qu'on dit dans l'autre de l'obligation de ne pas faire, et réciproquement. — Ainsi, dans le cas de suspension de l'obligation, c'est la condition *de faire* la chose qui emporte toujours nullité, soit qu'il s'agisse d'une chose impossible ou illicite, peu importe ; et quant à la condition *de ne pas faire,* elle laisse l'acte valable pour une chose impossible, et tantôt nul, tantôt valable pour une chose illicite. Dans le cas, au contraire, de résolution conditionnelle, c'est la condition *de ne pas faire* qui emportera toujours nullité de l'acte, soit pour une chose impossible, soit pour une chose illicite ; tandis que la condition *de faire* laissera la convention valable pour une chose impossible, et nulle ou valable, selon les cas, pour une chose illicite.

1173. — La condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition.

N. B. Cet article se trouve expliqué par ce qui vient d'être dit sous l'article précédent.

1174. — Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

551. Cet article doit être entendu avec discernement ; car la condition potestative dont il s'occupe n'est pas, comme on pourrait le croire, celle dont parle l'art. 1170.

L'art. 1170 appelle potestative toute condition dans laquelle il est au pouvoir de la personne de faire accomplir ou défaillir l'événement

prévu. Ainsi, quand je prends l'engagement de vous payer 2000 francs si je fais sur mon terrain des plantations ou constructions qui cachent vos vues, ou si je n'abats pas tels arbres qui masquent votre maison, ou si je viens ouvrir dans la même rue que vous un établissement qui fasse concurrence au vôtre, ce sont là, dans le sens de l'art. 1170, des obligations sous *condition potestative;* et, par conséquent, ces obligations seraient nulles si ces mots avaient le même sens dans notre article. Or, il n'est douteux pour personne que de semblables obligations ne soient parfaitement valables. Mais à côté des conditions qui sont potestatives en ce sens qu'elles ont pour objet un fait dépendant de la volonté, il en est qui le sont en ce sens qu'elles ont pour objet directement la volonté elle-même : « Je vous payerai 2000 francs si je le juge à propos, si cela me convient. » Les premières consistent *in* FACTO *à voluntate pendente;* les autres consistent *in ipsâ et merâ* VOLUNTATE. Il a toujours été entendu que ces dernières, qu'on appelait pour les distinguer conditions PUREMENT *potestatives,* empêchaient l'obligation de se former, parce qu'il est en effet bien évident qu'il n'y a pas de lien dans la promesse qui revient à dire : « Je serai lié si je veux l'être, *si voluero.* »

Mais, à cette première distinction des conditions *potestatives* et des conditions *purement potestatives,* il en faut joindre une seconde et diviser les premières en deux classes, selon la nature et les circonstances du fait pris pour objet de la condition. On conçoit, en effet, que l'accomplissement ou l'abstention du fait pourront quelquefois être tellement faciles et insignifiants qu'on devra traiter encore la condition comme si elle existait *in ipsâ et merâ voluntate :* « Je vous donnerai telle chose, si je bois ou si je ne bois pas cette bouteille de vin, si je fais ou si je ne fais pas telle promenade », etc. En pareil cas, quoique la condition consiste *in facto* et ne soit plus dès lors de celles qu'on a toujours appelées purement potestatives, il est clair que je ne suis pas encore réellement lié. Aussi notre article, dans le projet duquel les rédacteurs n'avaient parlé que de la condition purement potestative, a-t-il perdu le mot *purement* sur les observations du Tribunat (Fenet, XIII, p. 13 et 148).

552. Il faut donc, en définitive, pour se conformer au langage du Code, distinguer trois classes de conditions potestatives, dont les deux premières, mais non la dernière, emportent la nullité dont parle notre article. Ce sont 1° celles dont l'objet consiste *in ipsâ voluntate,* et qui signifient nettement *si voluero;* 2° celles qui consistent bien *in facto,* mais dans lesquelles l'accomplissement ou l'abstention du fait dépend tellement de la fantaisie du débiteur qu'elles sont exclusives de l'existence d'un lien et équivalent au *si voluero;* 3° enfin, celles dans lesquelles les circonstances sont telles que le débiteur ne puisse faire accomplir ou défaillir le fait qu'en s'imposant un préjudice, une gêne, qui forment pour le créancier une garantie contre le caprice de ce débiteur, ou en procurant à ce créancier un avantage qui lui offre une compensa-

tion à l'inaccomplissement de la promesse (1). Ces dernières seules échappent à la disposition de notre article (2).

2° De l'accomplissement des conditions.

1175. — Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

553. Cet article, reproduit de Pothier comme les précédents (n° 206), tranche l'ancienne dispute sur le point de savoir si la condition doit nécessairement être accomplie dans les termes mêmes où elle est conçue, *in formâ specificâ,* ou s'il suffit qu'elle le soit *per æquipollens*. Le Code, avec Pothier et avec la raison, dit que c'est là une question d'intention qui devra, comme tout point de fait, se décider d'après les circonstances. Ainsi, quand j'ai contracté envers vous une obligation quelconque sous cette condition, « si vous me procurez 25 louis d'ici à un mois », ce sera au juge de voir si on a seulement entendu parler d'une somme de 500 francs en or ou en argent, peu importe, ou si l'on a réellement voulu dire 25 pièces d'or de 20 francs chacune.

1176. — Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.

554. Quand vous m'avez promis 1 000 francs *si tel navire revient cette année,* il est bien clair que la condition est défaillie et que l'obligation s'évanouit si l'année expire avant le retour du navire. Que si vous m'avez promis les 1 000 francs *si tel navire revient,* sans apposer aucun terme à la condition, il est évident que l'obligation est toujours en suspens après une, deux ou trois années, et tant qu'on n'a pas la certitude que le navire ne reviendra pas. De pareilles propositions n'avaient certes pas besoin d'être écrites dans la loi.

Du reste, les rédacteurs, en écrivant la seconde phrase de notre article, ont posé une règle trop absolue et qui peut devenir fausse par

(1) Est nul comme consenti sous une condition potestative de la part du vendeur l'acte par lequel une personne déclare vendre à une autre, pour un prix déterminé, tout le mobilier qui se trouvera, au moment de son décès, dans une maison désignée également vendue, sous la réserve de l'usage et même de la libre disposition de ce mobilier. Cass., 30 juin 1857 (Dev., 59, I, 836; Dall., 57, I, 308). — *Voy.* Cass., 4 juill. 1859 (Dev., 59, I, 758; Dall., 59, I, 461). — Il n'y a pas condition potestative en matière de louages de services dans la clause par laquelle le preneur se réserve la faculté de résilier le contrat à sa volonté. Rouen, 12 nov. 1852; Lyon, 6 fév. 1857 (Dev., 53, II, 332; 57, II, 560; Dall., 53, II, 243; 57, II, 220). *Voy.* aussi Lyon, 10 mai 1864 (Dev., 64, II, 256).

(2) Quant à l'obligation contractée, non pas sous la condition SI *voluero,* mais avec le terme CUM *voluero,* nous en parlerons sous l'art. 1185.

sa généralité. Ainsi, quand je me suis obligé à vous payer 500 francs si vous faites abattre tel arbre qui gêne ma vue, il est évident que je n'ai pas entendu rester éternellement, moi et mes successeurs, à votre discrétion, et que la condition, qui doit toujours s'exécuter comme les parties l'ont vraisemblablement comprise (art. 1175), aussi bien pour le temps que sous tout autre rapport, doit être accomplie par vous dans un délai raisonnable, passé lequel mon obligation s'évanouira. Je pourrai donc, en cas de difficulté, faire fixer par le juge un terme après lequel la condition sera défaillie.

1177. — Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé : elle l'est également, si avant le terme il est certain que l'événement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas.

555. Quand vous m'avez promis 1 000 francs si tel navire ne revient pas cette année, et que l'année expire avant le retour du navire, il est évident que la condition est accomplie, et que votre obligation, devenue pure et simple, peut être exigée immédiatement. Il est clair qu'il en est de même si, avant l'expiration de l'année, il devient certain que le navire ne reviendra pas; si, par exemple, on sait qu'il a fait naufrage.

Il en serait autrement, c'est-à-dire que l'exécution ne pourrait pas être exigée immédiatement, si le terme avait été apposé à l'obligation même. Je vous payerai 1 000 francs dans un an, si tel navire ne revient pas avant cette époque. Dans ce cas, l'obligation est tout à la fois conditionnelle et à terme; et quoique cette obligation, après deux ou trois mois, cesse d'être conditionnelle et devienne pure et simple par la certitude acquise que le navire ne peut plus revenir, elle reste toujours obligation à terme, et le créancier doit évidemment attendre l'expiration de l'année pour pouvoir en exiger l'exécution.

556. Au surplus, il faut faire ici une observation analogue à celle que nous venons de présenter sous l'article précédent. Si la condition négative pour laquelle on n'a pas fixé de terme est potestative pour le débiteur et consiste dans un fait qui intéresse le créancier; si, par exemple, vous vous êtes obligé à me donner 500 francs si vous ne faites pas abattre sur votre terrain l'arbre qui nuit à ma récolte, je puis faire fixer un délai après lequel vous devrez me payer la somme, la condition (telle que nous l'avons entendue) se trouvant accomplie. Il est vrai que l'une des deux écoles de jurisconsultes romains était d'un avis contraire; mais son opinion, déjà repoussée par Pothier (n° 211) comme contraire à l'esprit de notre droit français, ne saurait être douteuse aujourd'hui en face de l'art. 1175.

1178. — La condition est réputée accomplie lorsque c'est le dé-

biteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.

557. Cette règle, parfaitement conforme à la raison et à la justice, a été prise au n° 212 de Pothier, qui la copiait lui-même dans le droit romain. Mais il faut, bien entendu, comme le faisait observer Pothier, et comme l'indiquait le texte romain, que le débiteur ait procuré l'empêchement à dessein, ou du moins l'ait directement causé par sa faute; il ne suffirait pas qu'il n'en eût été que l'occasion involontaire : *Quicumque sub conditione obligatus,* CURAVERIT *ne conditio existeret, nihilominus obligatur* (l. 115, § 2, *De verb. oblig.*).

De même que la condition est tenue pour accomplie, bien qu'elle ne le soit pas lorsque le débiteur en a empêché l'accomplissement, devra-t-on réciproquement admettre le même résultat quand le créancier a fait ce qui dépendait de lui pour l'accomplissement de la condition potestative pour lui, ou du moins quand il n'a pas tenu à lui qu'elle ne fût accomplie? Ainsi, je promets 1 000 francs à mon frère s'il affranchit son nègre Jacques d'ici à six mois, et ce nègre meurt quinze jours après la promesse faite : mon frère aura-t-il droit aux 1 000 francs? Le droit romain, et après lui Pothier (n° 213), décidaient que la condition serait réputée accomplie dans les legs (par exemple, si j'avais *légué* les 1 000 francs à mon frère dans l'espèce ci-dessus); mais qu'il n'en serait pas ainsi dans les actes entre-vifs. Nous croyons qu'aujourd'hui, dans le silence du Code, ce serait là, pour les legs comme pour les obligations, une question d'intention et d'appréciation de circonstances. S'il est reconnu que le testateur ou le promettant avait entendu attribuer la somme pour le seul bon vouloir du maître, il suffira d'établir que ce maître était disposé à affranchir pour que la somme soit due; mais si l'on voit que, dans l'intention de la personne, les 1 000 francs ne devaient être payés que pour l'affranchissement effectué et comme indemnité de la perte que le maître ferait de son esclave, il est clair que la condition est défaillie du moment que l'affranchissement devient impossible.

3° *De l'effet des conditions.*

1179. — La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.

558. L'obligation conditionnelle, et en général tout droit conditionnel, quelle que soit d'ailleurs sa nature, n'est pas un droit qui *existera* ou qui *n'existera pas* (dans le futur), selon que tel événement arrivera ou non; c'est un droit qui, sous la condition prévue, *existe* ou non dès à présent : le droit n'a et n'aura jamais aucune existence, si la condition ne s'accomplit pas; il a, au contraire, son existence actuelle, si plus tard la condition s'accomplit. La formule de l'obligation conditionnelle n'est pas : « Je vous devrai si... », mais bien : « Je vous

dois si... » L'obligation qui rentrerait dans la formule : « Je vous devrai si », serait tout à la fois conditionnelle et à terme. L'accomplissement de la condition a donc nécessairement un effet rétroactif au moment même du contrat. Et comme les effets de nos conventions sont transmissibles à nos héritiers, représentants ou ayants cause, à moins que le contraire ne résulte, par exception, de la nature particulière du contrat ou d'une déclaration expresse (art. 1122), il s'ensuit que la condition produira le même effet, soit qu'elle s'accomplisse du vivant du créancier ou après sa mort.

On sait qu'il en est autrement dans les legs, que la disposition y serait caduque si le légataire mourait avant l'accomplissement de la condition (art. 1040). Ce n'est pas que la condition n'ait un effet rétroactif dans les legs comme partout ailleurs; mais le legs étant créé pour la personne même du légataire, il doit se réaliser en cette personne et ne peut passer à ses héritiers que quand il s'est formé pour elle-même.

559. L'accomplissement de la condition rétroagissant au moment même du contrat, et faisant que l'obligation se trouve avoir été pure et simple, il en résulte que tous les droits réels que le débiteur aurait pu conférer, *pendente conditione,* sur l'immeuble qu'il avait promis de livrer s'évanouissent. Il en résulte aussi, et non moins évidemment, que les fruits par lui perçus sur l'immeuble dans le même temps appartiennent au créancier, en principe du moins. Cependant Toullier (VI, 541) et M. Duranton (XI, 82) enseignent le contraire quant aux fruits; mais il nous paraît impossible de justifier leur doctrine, qui n'est rien moins que la négation de l'effet rétroactif consacré par notre article.

Toullier dit que le débiteur fait les fruits siens comme possesseur de bonne foi : c'est une erreur, puisqu'*il sait* très-bien qu'ayant aliéné l'immeuble sous une condition suspensive, il n'en est plus propriétaire que sous condition résolutoire.

Quant à M. Duranton, il dit que la vente n'est parfaite et n'acquiert son efficacité que par l'événement de la condition et à partir de cet événement; mais c'est oublier la nature de la condition et méconnaître l'effet rétroactif, qui fait remonter précisément au jour même du contrat toute la force de ce contrat.

M. Duranton invoque à l'appui de son opinion une loi romaine sur le sens de laquelle il se méprend, et qui ne prouve absolument rien contre nous. Il s'agit d'une phrase de la loi 8 au Digeste, livre 18, titre VI. D'après M. Duranton, cette phrase signifierait que malgré l'accomplissement de la condition, les fruits échus avant cet accomplissement appartiennent au vendeur alors même que l'acheteur aurait été déjà en possession. C'est une erreur : cette phrase ne parle nullement des effets de la condition accomplie, mais seulement de ce qui a lieu *tant que cette condition est en suspens*. La voici : *Quod si* PENDENTE CONDITIONE *res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum et repetitur, et fructus medii temporis*

venditoris sunt. — Ce qui prouve bien qu'il ne s'agit pas de la condition accomplie, c'est qu'on permet à l'acheteur de répéter ce qu'il aurait payé de son prix. Aussi Cujas et Pothier sont-ils d'accord sur ce sens évident du texte romain que M. Duranton a mal compris; et nous verrons plus loin le savant professeur se mettre lui-même en opposition avec la doctrine qu'il présente ici (art. 1182, *in fine*).

Il faut donc reconnaître qu'en principe l'accomplissement de la condition attribuera rétroactivement les fruits à l'acheteur, et par là même, les intérêts du prix au vendeur. Mais il est clair qu'il faudrait décider autrement s'il résultait, en fait, des circonstances, que l'intention commune des parties a été différente (voir aussi l'art. 1514, n° II).

1180. — Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.

560. Tant que la condition n'est pas accomplie, il est bien vrai que, rigoureusement, il n'y a pas encore de créance ni de créancier, ou du moins on ne sait pas s'il y en a : celui qui a stipulé sous condition est peut-être créancier, peut-être il ne l'est pas. Mais si ce stipulant n'a pas encore une créance certaine, il a du moins une espérance qui est ellemême un certain droit, et que l'autre partie ne peut plus lui enlever; cela suffit pour qu'il lui soit permis de prendre toutes les mesures tendant à la conservation de ce droit, à la garantie de sa créance éventuelle (1).

§ 2. — De la condition suspensive.

1181. — L'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties.

Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'après l'événement.

Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.

561. Cet article est complétement inutile, puisqu'on nous a déjà dit ce que c'est que l'obligation sous condition suspensive (art. 1168); et il est d'ailleurs inexact en indiquant deux cas de condition suspensive, tandis qu'il n'en existe qu'un. L'obligation sous condition suspensive est celle qui doit exister ou ne pas exister, selon qu'un événement futur et incertain arrivera ou n'arrivera pas : Je ferai ou je donnerai telle chose, si tel navire revient au Havre. Quant à l'obligation que les parties font dépendre d'un fait encore inconnu d'elles, mais qui est actuellement passé ou présent, elle n'est nullement conditionnelle : quand

(1) *Voy.* Bourges, 29 mars 1859; Cass., 10 janv. 1854, 22 août 1864 (Dev., 60, II, 132; 54, I, 135; 64, I, 449; *J. Pal.*, 60, 653; 54, I, 508; 64, 1096).

je promets de faire ou de donner quelque chose, si tel navire est actuellement arrivé au Havre, ou si la reine d'Angleterre est encore vivante, l'obligation présente bien la formule d'une obligation conditionnelle; mais il est palpable qu'elle est, dès à présent, pure et simple (si le fait prévu existe), ou qu'elle n'existera jamais (dans le cas contraire). C'est ce qu'expliquait très-bien Pothier (n° 202), et ce que disait clairement aussi la loi romaine. Aussi, le dernier alinéa de notre article réfute lui-même la proposition du premier, en disant que, dans le second cas, l'obligation a immédiatement son effet. — Du reste, si l'obligation, dans ce cas, n'est pas conditionnelle, elle est forcément à terme, puisqu'on ne pourra l'exécuter qu'après qu'on se sera renseigné sur l'existence ou la non-existence du fait prévu.

Le deuxième alinéa de notre article est lui-même peu exact quand il donne comme caractère de l'obligation vraiment conditionnelle cette circonstance qu'elle ne pourra *être exécutée* qu'après l'événement. Ce caractère est celui de l'obligation à terme, laquelle existe dès à présent, mais ne peut s'exécuter qu'après le moment convenu. Pour l'obligation conditionnelle, il fallait dire qu'*elle n'existe* qu'autant que l'événement s'accomplira (1).

1182. — Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.

Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.

562. La loi suppose ici que l'obligation, contractée sous une condition suspensive, est de livrer un corps certain et déterminé.

Puisque, tant que la condition est en suspens, le créancier n'a pas encore la propriété de l'objet, mais seulement l'espérance de l'avoir, il s'ensuit donc que si cet objet périt, il périt pour le débiteur, qui en est encore le propriétaire. Et la condition s'accomplirait en vain après la destruction de la chose, puisque alors l'obligation du débiteur de cette chose, du vendeur, par exemple, ne peut plus naître faute d'objet, et que, par suite, celle de l'acheteur ne peut plus naître faute de cause. Les

(1) *Voy.* Cass., 9 juill. 1855, 4 janv. 1858, 4 mai 1863, 6 mai 1863 (Dev., 56, I, 73; 58, I, 22; 63, I, 449; 63, I, 396; Dall., 55, I, 306; 58, I, 37; 63, I, 188; 63, I, 215).

deux premiers alinéa de notre article sont donc conformes aux principes, sauf que le second s'exprime mal en disant que l'obligation du vendeur sera éteinte : elle ne peut pas s'éteindre, puisqu'elle n'a jamais existé; il fallait dire que cette obligation, aussi bien que l'obligation corrélative de payer le prix, ne peuvent plus se former.

Le quatrième et dernier alinéa est également conforme aux principes. Il dit que si la chose vendue sous condition, au lieu de périr *pendente conditione*, s'est seulement détériorée, et que ce soit par la faute du vendeur, l'acheteur a le choix ou de résilier le contrat ou de prendre la chose pour le prix moindre qu'elle vaut maintenant, en obtenant d'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, des dommages-intérêts contre son vendeur dont la faute l'empêche d'avoir l'objet dans l'état où il voulait et devait l'avoir.

Nous disons que les dommages-intérêts seront dus dans l'un comme dans l'autre cas, et aussi bien quand l'acheteur optera pour la résolution du contrat que quand il se décidera à prendre la chose. C'est évident; car le tort est plus grand pour lui dans le premier cas que dans le second : si l'indemnité lui est due quand il prend l'objet détérioré, il est vrai, mais pour un prix moindre, et alors que cet objet peut encore lui convenir, quoique moins complétement, comment ne lui serait-elle pas due alors que l'objet ne peut plus remplir son but et qu'il lui sera peut-être difficile, peut-être même impossible, de s'en procurer un autre? Il y a, dans les deux cas, application évidente de l'art. 1382.

563. Mais si les alinéa 1, 2 et 4 de notre article sont conformes aux principes, il n'en est pas de même du troisième, qui permet à l'acheteur de choisir entre la chose et la résolution du contrat, alors que la détérioration n'est pas imputable au vendeur et au débiteur. Il est vrai qu'alors on n'accorde plus au créancier de dommages-intérêts, et que s'il prend la chose, il la prend sans diminution du prix; mais il est contraire au droit et à l'équité de lui permettre de résoudre le contrat. Est-ce qu'il ne devait pas subir les chances défavorables, alors que les chances favorables sont pour lui? est-ce que si la chose avait reçu des améliorations ou accroissements quelconques, le vendeur aurait pu résilier? Le droit romain et notre ancien droit l'avaient très-bien compris (Pothier, n° 219); et il est impossible de justifier ce changement aux anciens principes, qui est en même temps une contradiction à la règle de l'effet rétroactif de la condition. Mais *statuit lex*.

M. Duranton (XI, 80) critique comme nous cette dérogation aux principes. Mais comment, dès lors, en fait-il un argument, au n° 82, alinéa 4, pour empêcher d'appliquer aux fruits le principe de la rétroactivité de la condition? Est-ce que les cas que la loi n'a pas formellement prévus ne doivent pas se décider par les principes et non par les exceptions? Est-ce que cette règle de logique ne devient pas bien plus impérieuse encore, quand il s'agit d'une exception qu'on reconnaît vicieuse et qu'on est forcé de critiquer? Est-ce que dès lors il ne devient pas palpable que l'attribution des fruits, quand les circonstances n'indiquent pas une pensée différente chez les parties, doit se régler par

le principe de l'art. 1179, et non par l'exception, reconnue mauvaise, de l'alinéa 3 de notre article?

§ 3. — De la condition résolutoire.

1183. — La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive.

SOMMAIRE.

I. Renvoi à l'art. 1168. La condition résolutoire, comme la condition suspensive, ne produit son effet que quand elle s'accomplit avant la destruction de la chose faisant l'objet de l'obligation : dissentiment avec M. Duranton.

II. Cas où la condition résolutoire n'aurait pas d'effet rétroactif. — Observations quant aux actes d'administration.

I. — 564. Nous n'avons pas à développer ici le sens de cette règle. Il suffit, pour la bien comprendre, des explications que nous avons données sous l'art. 1168, et desquelles il résulte que ce qu'on appelle obligation sous condition résolutoire est une obligation pure et simple soumise à une résolution conditionnelle.

Puisque l'obligation est alors pure et simple, elle doit donc s'exécuter immédiatement, comme le dit notre second alinéa. Seulement, l'exécution doit être révoquée, et l'obligation avec toutes ses conséquences, déjà réalisées ou à réaliser encore, disparaissent, si la résolution conditionnelle vient à s'opérer. C'est ce que disent et le premier alinéa et la fin du second. Ainsi, et par exemple, celui qui par l'effet de la condition résolutoire restituera un immeuble, devra aussi en restituer les fruits comme il a été dit plus haut; à moins que l'intention contraire des parties ne résulte des circonstances.

Mais évidemment il faut, pour que ces résultats se réalisent, que la condition résolutoire s'accomplisse efficacement, c'est-à-dire à un moment où elle peut produire ses effets. Ainsi, je vous vends mon cheval pour 800 francs, mais nous convenons que la vente sera résolue si tel navire revient des Indes ; le cheval, après avoir été livré et payé, vient à périr par cas fortuit, et le navire arrive ensuite. La condition s'accomplit alors inutilement, et la résolution ne s'opérera pas, puisqu'il n'y a plus d'objet sur lequel elle puisse frapper : la résolution ne peut plus frapper votre droit de propriété, puisque ce droit n'existe plus, le cheval n'existant plus lui-même : vous ne pouvez pas être obligé à me rendre un cheval qui n'existe pas; et cette obligation de me rendre le cheval ne pouvant plus se former faute d'objet, mon obligation de vous restituer les 800 francs ne peut pas se former faute de cause. Ceci nous paraît devenir évident et, pour ainsi dire, tangible au moyen de l'observation que nous avons faite sous l'art. 1168, que celui qui

est créancier sous une condition se trouve par là même être débiteur sous la condition opposée. Lors donc que je vous dois tel cheval, et que ce cheval est à vous sous la condition *résolutoire* que tel navire reviendra, ce cheval est à moi et vous êtes tenu de me le livrer sous la condition *suspensive* du même événement. Donc, la règle que l'article précédent, 1182, porte pour le *débiteur* sous condition *suspensive,* il la porte par là même pour le *créancier* sous condition *résolutoire;* or, nous avons vu que d'après cet article, qui ne fait d'ailleurs qu'appliquer en cela les principes généraux, ce débiteur sous condition suspensive a la chose à ses risques et la voit périr pour lui, par la raison bien simple que c'est lui qui en est le propriétaire actuellement. Notre question se trouve donc résolue tout à la fois et par les principes généraux et par le texte positif de l'art. 1182; et c'est parce que cet article s'applique forcément aux deux cas, que notre section ne répète pas sa règle pour le second.

565. M. Duranton, cependant, enseigne le contraire (XI, 91); et après s'être étonné que le Code ne décide pas une question si importante (tandis qu'elle est positivement résolue par l'art. 1182 et le serait d'ailleurs suffisamment par les principes généraux), il soutient que la condition, s'accomplissant après la destruction de la chose, opérera néanmoins la révocation et obligera celui à qui la chose devait être restituée à rendre le prix qu'il a reçu.

Pour établir cette doctrine, M. Duranton essaye d'abord de détruire, ou du moins de diminuer, l'identité qui existe entre le créancier sous condition résolutoire et le débiteur sous condition suspensive... Cette identité est trop profondément vraie, trop évidemment démontrée par la nature même des choses, pour que nous croyions nécessaire de réfuter ici les efforts que le savant professeur fait pour y échapper. — M. Duranton se fonde ensuite sur une loi romaine, dont l'autorité n'est guère favorable à son système, puisqu'elle décide très-explicitement le point en litige *dans notre sens.* C'est la loi 2, § 1, au Digeste, liv. 18, tit. 2°. Il y est question d'une vente que j'ai faite, *cum addictione in diem,* sous la condition qu'elle sera résolue si, d'ici à telle époque, je ne trouve pas des offres plus avantageuses; et Ulpien dit : *Julianus scribit hunc cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari,* ET PERICULUM AD EUM PERTINERE SI RES INTERIERIT. Il est vrai qu'un autre jurisconsulte, Paul, dans la loi qui suit immédiatement, pour faire toucher du doigt la vérité de cette décision, fait remarquer que, dans l'espèce, la condition résolutoire ne peut pas même s'accomplir plus tard, puisqu'on ne peut pas trouver de nouvelles offres pour une chose qui n'existe plus *quoniam post interitum rei nec adferri possit melior conditio.* Mais est-ce donc à dire qu'il en serait autrement, et que la condition résolutoire s'accomplirait efficacement après la destruction de la chose, si l'événement prévu était différent et de nature à se réaliser après cette destruction? Rien ne le dit; et c'est bien gratuitement que M. Duranton le suppose pour le besoin de sa thèse. M. Duranton invoque enfin le texte de notre article, qui dit que

la condition résolutoire remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Mais n'est-il pas évident que la loi n'entend parler que d'une condition s'accomplissant en temps utile? Sans doute, la condition résolutoire, comme la condition suspensive, produit un effet rétroactif; mais c'est seulement quand elle s'accomplit avant la destruction de la chose. Autrement, il faudrait dire aussi que l'art. 1179, qui pose la règle générale et commune aux deux conditions, ne fait pas de distinction; qu'il déclare d'une manière absolue que dès là que la condition est accomplie, elle a un effet rétroactif au jour de l'engagement; que, par conséquent, lorsque je vous ai promis mon cheval pour 800 francs si tel navire arrive, l'arrivée du navire, même postérieure à la mort du cheval, fait que notre convention a été pure et simple dès l'origine!... Encore une fois, notre art. 1183, comme l'art. 1179, quand ils tracent les effets de la condition accomplie, ne parlent que de la condition accomplie en temps utile, et notamment avant la destruction de la chose qui fait l'objet du contrat.

II. — 566. Même avec cette restriction, que les principes commandent et qui était évidemment dans la pensée des rédacteurs, la proposition par laquelle nos art. 1179 et 1183 indiquent l'effet de la condition accomplie ne sera pas toujours vraie à la lettre, et il faut encore y apporter une nouvelle restriction à laquelle les rédacteurs n'ont pas songé, parce qu'elle se réfère à un cas particulier. Si vous vous êtes obligé, par exemple, à me payer 1 200 francs par an, mais en stipulant que vous seriez libéré si j'obtenais telle place, il est bien vrai que votre obligation, contractée dans ces termes, se trouve soumise à une condition résolutoire; mais ce n'est pas là une condition résolutoire ordinaire. En effet, la résolution ici n'est pas seulement sous condition, elle dépend aussi d'un terme à partir duquel seulement elle aura son effet. Notre convention signifie que vous cesserez de me payer les 1 200 fr. si j'obtiens telle place; mais que vous ne cesserez qu'à partir du moment où j'aurai obtenu cette place. Il n'y a donc pas lieu d'invoquer ici l'effet rétroactif au jour du contrat, que l'art. 1179 attribue à la condition, ni de dire avec notre art. 1183 que les choses seront remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Il est évident, au surplus, que jamais la condition, soit résolutoire, soit suspensive, n'aura d'effet rétroactif pour ce qui est des actes d'administration des biens, pour les baux, par exemple. Il y a forcément et par la nature même des choses, de la part de celui qui se trouvera définitivement avoir été le propriétaire réel, pour celui qui se trouvait actuellement propriétaire apparent, mandat tacite de faire validement tous les actes d'administration.

1184. — La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de

forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

SOMMAIRE.

I. De la condition résolutoire tacite existant dans tous les contrats bilatéraux.
II. Du pacte commissoire et de ses effets.
III. Dans tous les cas, la résolution a son effet contre les tiers acquéreurs. — Durée de l'action en résolution.

I. — 567. La loi, veillant ici avec sollicitude à l'intérêt des contractants, et prenant pour eux les précautions qu'ils ne penseraient pas toujours à prendre eux-mêmes, déclare que, dans les contrats synallagmatiques, chaque partie sera toujours censée avoir stipulé que son engagement sera résolu et la convention non avenue si l'autre partie n'exécute pas le sien. Tout contrat bilatéral se trouve donc soumis, par la règle générale de la loi et sans qu'on ait rien dit à cet égard dans l'acte, à une condition résolutoire pour chacun des contractants.

Mais cette condition résolutoire, tacite et sous-entendue (qu'on appelle aussi, pour cela, condition résolutoire *légale*), n'a pas un effet aussi énergique que la condition résolutoire ordinaire dont parle l'article précédent; et tandis que celle-ci opère la résolution *ipso facto*, et par l'effet immédiat de son accomplissement, celle de notre article, au contraire, permet seulement de demander la résolution au juge, lequel n'est pas même tenu de la prononcer de suite, et peut, suivant les circonstances, accorder au défendeur un délai pour exécuter. Il va sans dire, au surplus, que la partie peut, en faisant prononcer la résolution, obtenir des dommages-intérêts pour le tort que peut lui causer l'inexécution. Il va sans dire aussi que cette partie est libre, au lieu de demander la résolution, de poursuivre l'exécution forcée de la convention; et que, dans ce cas encore, quoique notre article ne le dise pas, elle peut obtenir aussi des dommages-intérêts pour le tort que lui causerait le retard d'exécuter (art. 1382). Au surplus, le choix qui appartient à la partie, entre l'exécution de l'engagement et sa résolution, l'autorise tout naturellement à revenir d'un parti à l'autre; et elle peut toujours demander l'exécution après avoir demandé la résolution, ou réciproquement, tant qu'il n'y a pas eu une déclaration de l'autre partie qu'elle acquiesce à la demande faite, ce qui formerait un nouveau contrat, ou un jugement qui constituerait le quasi-contrat judiciaire et produirait le même effet (Cass., 2 déc. 1811).

II. — 568. On pourrait croire, au premier abord, que, quand la résolution pour exécution de la part d'une partie a été expressément stipulée par l'autre partie, cette clause constitue une condition résolutoire ordinaire et dont les effets, tout naturellement, se trouvent régis par les articles précédents. Il n'en est cependant pas ainsi; et cette

clause, connue sous le nom de *pacte commissoire,* suit des règles particulières.

Ainsi, dans la condition résolutoire ordinaire, le contrat est complétement non avenu pour chacune des deux parties du moment que la condition s'accomplit, et elles ne pourraient en atteindre de nouveau le résultat que d'un commun accord et par un second contrat; on reconnaît bien maintenant, quoiqu'il y ait eu d'abord quelques doutes à ce sujet, qu'il en est ainsi pour la condition résolutoire potestative, aussi bien que pour la condition résolutoire casuelle (Toullier, VI, 552-554). Quand je déclare vous vendre ma maison pour tel prix, mais en stipulant que l'engagement sera résolu si tel navire revient cette année, ou si vous faites ou ne faites pas tel voyage à Marseille, l'accomplissement de la condition prévue anéantira la convention, et je ne pourrai pas plus vous contraindre à garder la maison en m'en payant le prix, que vous ne pourriez vous-même me contraindre à vous la laisser : notre contrat est forcément et rigoureusement non avenu; et quand même nous conviendrions de ne pas tenir compte de la condition accomplie et de vous laisser la maison, en conservant de mon côté ou le prix que j'ai reçu ou la créance de ce prix non encore payé, ce ne serait pas là le maintien du premier contrat, mais un contrat nouveau, et vous ne seriez propriétaire de l'immeuble que par l'effet et à partir de cette seconde convention. — Au contraire, quand il s'agit de la condition résolutoire particulière qu'on a appelée *pacte commissoire,* le contrat, malgré l'accomplissement de la condition prévue, n'est résolu qu'autant que la partie qui a stipulé cette condition le voudra ainsi; et il sera maintenu si elle entend le maintenir, nonobstant la volonté contraire de l'autre partie. Quand je vous ai vendu ma maison, en stipulant que la vente serait résolue si vous ne payiez pas le prix au terme convenu, le non-payement du prix, lors du terme, quoique constituant bien l'accomplissement de la condition résolutoire écrite dans le contrat, n'amènera pas nécessairement la révocation de notre convention; et je serai le maître de vous contraindre à exécuter cette convention et de vous poursuivre pour obtenir le prix que vous refusez de me payer. C'est qu'en effet, une pareille condition, par la nature même des choses, n'est pas écrite dans un but absolu; elle ne l'est que dans un but purement relatif au stipulant et avec faculté pour ce stipulant de n'en pas user; elle est forcément soumise à cette restriction sous-entendue : « à moins que je n'aime mieux tenir à mon contrat et employer les voies légales pour arriver malgré moi à son exécution. »

569. Cette première différence, entre la condition résolutoire ordinaire et la condition résolutoire tirée de l'inexécution ou clause commissoire, a conduit notre législateur français à en proclamer une seconde que notre ancien droit avait évidemment exagérée, que le Code pousse encore un peu trop loin peut-être, mais qui est, au fond et dans de justes limites, parfaitement rationnelle... Puisque la résolution, dans le

cas qui nous occupe, dépend de la volonté du stipulant, on ne peut donc pas dire que cette résolution aura toujours lieu, comme dans les cas ordinaires, *ipso facto*, par le seul fait de l'accomplissement de la condition : il faudra que la volonté du stipulant à cet égard soit connue. Abusant de cette idée, notre ancienne jurisprudence avait été jusqu'à décider que, quels que fussent les termes du contrat, il n'y aurait jamais de résolution par suite du pacte commissoire que quand le juge, après sommation et assignation au débiteur, aurait été appelé à apprécier les circonstances et aurait cru devoir prononcer la révocation du contrat. Ainsi, alors même que les parties étaient expressément convenues que le défaut d'exécution au temps indiqué résilierait immédiatement le contrat de plein droit et sans qu'il fût besoin d'aucune formalité, il fallait néanmoins recourir aux formalités dont on avait entendu s'affranchir, et la résolution ne pouvait résulter que de la sentence du juge, toujours libre de prononcer comme il voulait, après l'examen des faits (Pothier, n° 636 ou 672, selon l'édition, et *Contr. de vente*, n° 459). C'était, on le voit, violer d'une étrange manière le principe sacré de la liberté des conventions. Le Code, comme on le pense bien, s'est gardé de reproduire un pareil principe; voici la distinction qui paraît résulter de ses textes, trop peu précis sur ce point.

Si la partie, même en disant que la résolution s'opérera *de plein droit*, n'a pas eu soin d'ajouter qu'il ne serait besoin d'aucune signification, d'aucune sommation (ou autres termes équivalents), la résolution ne résultera que de la sommation d'exécuter restée sans effet (articles 1656, 1139; Rej., 19 août 1824). Que si, au contraire, on a eu soin de dire dans le contrat que la résolution s'opérerait par le seul fait de l'inexécution *et sans qu'il soit besoin de sommation ni d'aucune autre formalité*, alors seulement la résolution se réalisera *de plano* (art. 1139; Paris, 22 nov. 1816) (1); mais toujours, bien entendu, avec faculté pour le stipulant de renoncer au bénéfice de la résolution et d'exiger l'exécution (2).

III. — 570. La résolution résultant, soit de la condition tacite dont parle notre article, soit de la clause commissoire dont nous venons de parler dans le n° II, est opposable, tout aussi bien que celle qui résulterait d'une condition résolutoire ordinaire, à des tiers acquéreurs ou à tous ceux qui auraient obtenu un droit quelconque su l'immeuble : *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Un arrêt de Besançon qui avait

(1) *Conf.* Cass., 2 juill. 1860; Orléans, 9 nov. 1860; Bordeaux, 1er juin 1864 (Dev., 60, I, 705; 61, II, 144; 64, II, 263; Dall., 60, I, 284; 61, II, 54). — Jugé que la résolution d'un contrat que l'une des parties s'est réservée pour le cas d'inexécution de l'autre partie dans un délai déterminé n'est pas opérée de plein droit par le seul défaut d'exécution dans ce délai; il faut qu'il s'y joigne un acte renfermant la manifestation de la volonté d'opérer cette résolution. Cass., 4 avr. 1859 (Dev., 60, I, 440; Dall., 59, I, 451). *Conf.* Aubry et Rau (III, § 302, note 47); Larombière (art. 1184, n° 53).

(2) Bien que la condition résolutoire tacite n'ait pas lieu de plein droit et doive être prononcée par le juge, elle a, comme la condition résolutoire expresse, un effet rétroactif au jour de la formation du contrat, lequel est dès lors censé n'avoir jamais existé. Cass., 31 déc. 1856 (Dev., 57, I, 641; Dall., 57, I, 281).

décidé le contraire a été justement cassé par la Cour suprême (arr. précité du 2 déc. 1811).

La demande en résolution n'est pas précisément une action en rescision du contrat. Dans cette demande, en effet, on n'attaque pas la convention; on l'invoque, au contraire, et on demande l'exécution de la clause expresse ou sous-entendue qui y est insérée ou réputée insérée. L'action ne tomberait donc pas sous la prescription décennale de l'art. 1304 : elle ne se prescrirait que par trente ans d'après l'article 2262. Mais ceci n'empêcherait pas, bien entendu, que des tiers, s'ils avaient juste titre et bonne foi, ne prescrivissent par dix ou vingt ans, aux termes de l'art. 2265.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS A TERME.

1185. — Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution.

571. L'obligation à terme est celle qui n'est ni suspendue ni résoluble en vue d'un événement futur et incertain, et dont l'exécution seulement est retardée jusqu'à l'arrivée d'un événement futur, mais certain : je vous payerai 1 000 francs dans un an. L'obligation à terme a donc immédiatement son existence parfaite et toute sa force juridique; en sorte qu'il ne faudrait pas prendre à la lettre cette proposition que l'on répète si souvent : « Qui a terme ne doit rien. » Cette proposition est vraie en ce sens seulement que celui qui jouit d'un terme n'est pas tenu de payer actuellement; mais elle serait fausse si on l'entendait dans ce sens qu'il n'est pas actuellement débiteur.

Nous avons vu sous l'art. 1174 qu'une obligation est nulle quand le promettant l'a contractée sous la condition *si voluero*. Il n'en serait pas ainsi de celle dans laquelle ce promettant aurait dit : « Je ferai ou je donnerai telle chose, *cùm voluero*. » On ne peut pas dire ici qu'il y ait absence de lien, puisque le lien se forme immédiatement, se trouve avoir dès l'instant du contrat son existence parfaite, et que le *cùm voluero* retarde seulement l'exécution de l'obligation. Sans doute, la convention serait encore nulle s'il était reconnu en fait qu'on n'a entendu faire qu'une plaisanterie; mais ce sera évidemment le plus rare, et toutes les fois que les parties auront agi sérieusement, on aura seulement à examiner, en cas de contestation, quelle est la latitude qu'on a entendu laisser au débiteur. Ainsi, quand je vous prête mon cheval pour labourer vos terres et que je vous autorise à me le rendre quand vous voudrez, cela signifie que vous pouvez le garder cinq ou six semaines aussi bien que huit jours. Quelquefois, au contraire, le *cùm volueris* pourra étendre le terme à la vie entière du débiteur.

On distingue le terme de droit, qui résulte de la convention même, et le terme de grâce, que le juge a quelquefois la faculté d'accorder, sans que les parties en soient convenues (art. 1214 C. Nap.; 122-124

C. pr.). Le terme de droit est exprès ou tacite, selon qu'il a été convenu formellement ou qu'il résulte seulement de la nature du contrat. Ainsi, quand je m'oblige, à Paris, de vous livrer dans cette ville le mobilier que je vous dis avoir laissé à Rouen, il est bien clair que nous convenons tacitement que j'aurai le délai nécessaire pour faire venir ce mobilier.

1186. — Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance, ne peut être répété.

572. Ce qui est dû à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme, et le terme n'est échu que quand le dernier jour du délai est expiré. La première proposition de notre article ne présente donc aucune difficulté; mais il n'en est pas de même de la seconde, qui déclare que ce qui a été payé d'avance ne peut pas être répété.

A Rome, celui qui payait avant le terme, même par erreur et dans l'ignorance de ce terme, ne pouvait pas répéter, parce que l'action en réclamation d'une chose indûment payée, la *condictio indebiti,* étant une action de droit strict et non une action de bonne foi, ne pouvait être accordée qu'à celui qui se trouvait rigoureusement avoir payé ce qu'il ne devait pas, et que tel n'était pas le cas d'un débiteur à terme, puisque le débiteur à terme est actuellement débiteur et soumis à une obligation dès à présent parfaite. Pothier (n° 230) reproduisait cette doctrine. « Celui qui a promis sous condition, disait-il, n'est pas débiteur... d'où il suit que si, par erreur, il payait avant la condition, il pourrait répéter ce qu'il a payé... Au contraire, celui qui doit à terme est vraiment débiteur; et s'il payait avant le terme, il ne pourrait répéter, parce qu'il aurait payé ce qu'il devait effectivement. »

En serait-il donc ainsi sous le Code Napoléon, et notre article entend-il refuser la répétition absolument, et sans distinction entre celui qui a payé librement, en connaissance de cause, et celui qui ne l'a fait que dans l'ignorance du terme? Nous n'hésitons pas à répondre : Non, attendu que la décision opposée serait évidemment contraire, non-seulement aux principes de l'équité, mais aussi à l'esprit général de notre droit moderne et à l'intention des rédacteurs de notre article.

573. Quand, à la mort de mon père, je trouve un testament qui me charge de payer immédiatement 20 000 francs à Paul, et qu'après les lui avoir payés je découvre un second testament révoquant le premier et qui m'accorde deux ans pour payer ces 20 000 francs, n'est-il pas clair que j'ai procuré à Paul un avantage plus grand que celui qui lui était réellement dû, puisqu'il aurait eu en plus l'intérêt de l'argent pendant les deux années, c'est-à-dire 2 000 francs?... La loi romaine elle-même, malgré les subtilités souvent iniques de son *strictum jus,* reconnaissait cette vérité; car s'il est vrai, comme elle le disait, que payer trop tard c'est payer moins, *minùs solvit qui tardiùs solvit,* il est donc vrai par là même que payer trop tôt c'est payer plus... Mainte-

nant, que la loi romaine ne tînt pas compte de ce principe d'équité dans ses contrats *stricti juris,* que nous importe à nous, dont la loi ne reconnaît que des contrats *bonæ fidei,* et déclare (art. 1134) que toutes les conventions doivent être exécutées *de bonne foi?*

Les principes généraux de notre droit justifient donc déjà le sens que nous donnons à notre article. Mais, en outre, cette pensée était aussi celle des rédacteurs. Car, devant le Corps législatif, l'orateur du gouvernement disait, sur cet article, « que si le débiteur a *librement,* d'avance, satisfait à son engagement, il ne serait pas juste de l'autoriser à en demander la répétition. » (Fenet, XIII, p. 244.)

Il est donc certain que notre article n'entend parler que du débiteur qui a payé avec connaissance du terme et en renonçant à ce terme, et que si les rédacteurs ont reproduit tout simplement la phrase de Pothier, c'est que la proposition de cet auteur (qui embrassait, il est vrai, le cas d'erreur, mais qui ne l'embrassait que par sa relation avec la proposition écrite dans l'alinéa précédent pour l'obligation conditionnelle) devenait susceptible d'un sens moins large, du moment qu'elle se trouvait isolée comme elle l'est dans le Code.

574. Il est étonnant qu'aucun auteur, à notre connaissance du moins, n'ait encore établi ce point de droit. Bousquet (n° 5 sur l'article) et Toullier (VI, 675) semblent bien entendre l'article dans notre sens; mais loin d'en donner aucune raison, ils ne s'en expliquent pas même positivement. Delvincourt décide, comme le droit romain et Pothier, qu'on ne peut pas répéter. M. Duranton (XI, 113) traite, il est vrai, la question longuement et la résout dans notre sens; mais quoiqu'il la *décide* en droit, il ne la *discute* cependant qu'en équité; en sorte qu'il suffirait de lui répondre . « L'article peut être mauvais, comme l'est l'alinéa 3 de l'art. 1182, mais enfin c'est la loi : *Dura lex, scripta tamen.* » M. Dalloz (chap. IV, sect. 3, n° 16) se contente d'analyser les deux opinions contraires de M. Duranton et de Delvincourt, sans indiquer la sienne. M. Zachariæ et ses annotateurs (II, p. 308, note 5) font comme M. Dalloz et laissent le point indécis. M. Duvergier, enfin, dans ses notes sur Toullier, garde complétement le silence sur la question (1).

1187. — Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier.

575. Le terme peut avoir été stipulé ou dans l'intérêt du débiteur seul, ou dans l'intérêt commun du débiteur ou du créancier, ou dans l'intérêt unique de ce créancier. — Celui au profit exclusif duquel un droit quelconque a été stipulé pouvant toujours renoncer à ce droit, il

---

(1) Le payement fait par erreur avant l'échéance du terme ne peut être répété. Massé et Vergé (III, § 537, note); Aubry et Rau (III, § 303, note 5); Larombière (art. 1186, n° 34).

s'ensuit que, si le terme n'existe que pour le débiteur, celui-ci peut contraindre le créancier à recevoir le payement avant l'échéance; qu'au contraire, s'il n'est établi que pour le créancier, celui-ci forcera de suite le débiteur au payement; mais si le terme est mis dans l'intérêt de tous deux, il ne peut être devancé que de leur commun accord. Du reste, le terme, par la nature même des choses, est toujours de plein droit réputé établi pour le débiteur seul; et c'est, par conséquent, au créancier qui prétend qu'il en est autrement à le prouver, ou par les termes mêmes de la convention, ou par la nature de cette convention, ou par d'autres circonstances (1).

1188. — Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.

SOMMAIRE.

I. Le débiteur perd le bénéfice du terme, 1° par sa faillite ou sa déconfiture; 2° quand il diminue les sûretés données ou ne donne pas celles qu'il avait promises.
II. Il en est ainsi même pour les créances hypothécaires.
III. Le créancier peut, avant l'échéance, prendre toutes mesures conservatoires. Distinction sur le point de savoir s'il peut faire condamner actuellement le débiteur à payer lors de l'échéance.

I. — 576. La règle que le débiteur ne peut être contraint d'exécuter avant le terme (à moins que ce terme ne soit stipulé dans l'intérêt unique du créancier, comme dans le cas de dépôt) est soumise par notre article à deux exceptions. La dette à terme devient immédiatement exigible, 1° quand le débiteur tombe en faillite (2), ou aussi en déconfiture, quoique notre article ne le dise pas; 2° quand il a diminué les sûretés qu'il avait données au créancier, ou qu'il ne donne pas celles qu'il avait promises.

Nous disons qu'il en est ainsi pour le cas de déconfiture aussi bien que pour le cas de faillite, et c'est évident. La déconfiture, en effet, est la ruine du débiteur non commerçant, tandis que la faillite est l'état du non-commerçant qui cesse ses payements (art. 437 C. comm.). Or, un commerçant peut se trouver dans l'impossibilité de continuer ses payements, et par conséquent en état de faillite, quoiqu'il soit encore solvable, tandis que le non-commerçant n'est en déconfiture que par l'effet

---

(1) *Voy.* Cass., 2 fév. 1853 (Dev., 53, I, 366; Dall., 53, I, 220). — En matière commerciale, le terme est présumé stipulé en faveur du créancier aussi bien qu'en faveur du débiteur. Aubry et Rau (III, § 303, note 13); Massé et Vergé (III, § 537, note 7); Larombière (art. 1187, n° 4).

(2) La faillite de l'un des coobligés solidaires ne fait pas perdre aux autres le bénéfice du terme. Bordeaux, 10 mars 1854 (Dev., 54, II, 515; Dall., 55, II, 246). *Conf.* Renouard (I, n° 170); Larombière (art. 1188, n° 23); Massé et Vergé (III, § 537, note 13). — La faillite du débiteur principal ne fait pas perdre le bénéfice du terme à la caution. *Voy.* Nîmes, 18 mars 1862 (Dev., 63, II, 5; *J. Pal.*, 63, 617); Larombière (art. 1188, n° 22).

même de son insolvabilité. C'est donc par *à fortiori* que la déconfiture doit entraîner l'application de notre article. Aussi l'art. 1913 déclare-t-il que la faillite ou la *déconfiture* du débiteur rend exigibles même les capitaux de rentes perpétuelles, lesquels, d'après le droit commun, ne peuvent être demandés à aucune époque, ce qui est beaucoup plus grave que de rapprocher seulement une exécution qui aurait pu être exigée plus tard. Il est donc certain que, sous le nom de *faillite*, les rédacteurs ont entendu comprendre ici et la faillite proprement dite et la faillite du non-commerçant, c'est-à-dire la déconfiture. Et ceci est d'autant moins douteux, qu'on l'a dit positivement lors de la discussion de notre article au conseil d'État. « On peut faillir sans être marchand, a dit M. Treilhard; à la vérité, la faillite alors est appelée *déconfiture;* mais peu importe la dénomination, lorsque la chose est la même. » (Fenet, XIII, p. 69.) Nous disons aussi que la diminution des sûretés promises par le contrat produirait le même effet que la diminution de celles qu'on avait données. C'est bien le cas de dire, en effet, *eadem ratio, idem jus;* et l'art. 1912 permet d'exiger le remboursement d'une rente perpétuelle quand le débiteur manque de fournir au prêteur les sûretés promises (*conf.* Pau, 3 juillet 1807) (1).

Du reste, le débiteur qui a diminué par son fait les sûretés données d'abord resterait déchu du bénéfice du terme, quoiqu'il en offrît de nouvelles; car il ne mérite plus de confiance, et le créancier a trop juste motif de craindre que ces sûretés nouvelles n'aient le même sort que les premières (2). Quant au cas où les sûretés se trouvent diminuées sans le fait du débiteur, voyez l'explication des art. 2020 et 2131.

II. — 577. Par la faillite ou la déconfiture, aussi bien que par l'absence des sûretés données ou promises, toutes créances deviennent exigibles, même celles qui seraient garanties par hypothèques : notre article ne distingue pas, et l'art. 444 du Code de commerce (448 ancien) ne distingue pas davantage. Après une longue discussion dans laquelle plusieurs membres du conseil d'État demandaient qu'on exceptât de la règle de notre article les créances hypothécaires, l'article a été adopté sans restriction, parce qu'il a été reconnu que le système contraire rendrait trop difficile la liquidation de ces diverses créances (Fenet, XIII, p. 68-70).

On avait cependant jugé en 1811 (Bruxelles) que le créancier hypothécaire ne peut poursuivre immédiatement l'expropriation de l'im-

---

(1) *Adde :* Orléans, 30 avr. 1846; Nîmes, 18 mars 1862 (Dev., 46, II, 615; 63, II, 5; *J. Pal.*, 46, II, 44; 63, 617); Larombière (art. 1188, n° 3); Aubry et Rau (III, § 303, note 8); Massé et Vergé (III, § 537, p. 386).

(2) En cas de faillite du locataire, tous les loyers, même ceux à échoir, deviennent exigibles; à défaut par le failli ou le syndic d'en effectuer le payement immédiat ou la consignation, le bailleur est fondé à demander la résiliation du bail, alors même que les lieux restent garnis de mobilier et de marchandises, comme antérieurement à la faillite. Cass., 28 mars 1865; Orléans, 5 août 1865 (Dev., 65, I, 201; Dall., 65, I, 201). *Contrà :* Paris, 12 déc. 1861; Rouen, 23 déc. 1864 (Dev., 62, II, 49; 65, I, 201).

meuble hypothéqué; mais ce système a été rejeté avec raison par la jurisprudence postérieure (1).

L'art. 124 du Code de procédure indique diverses circonstances par suite desquelles le débiteur encourt aussi la déchéance. Mais ces causes de déchéance ne sont établies que pour le délai *de grâce,* et il faudrait se garder dès lors de les étendre au délai conventionnel, qui a nécessairement plus de force.

III. — 578. Il va sans dire que le créancier peut, alors que le débiteur conserve le bénéfice de son terme, prendre toutes les mesures conservatoires de sa créance (2) : c'est bien évident, puisque ce droit est reconnu par la loi au simple créancier conditionnel, à celui dont la créance est encore incertaine. Le créancier à terme pourrait donc demander en justice la reconnaissance ou la vérification d'écritures. Mais pourrait-il, en outre, demander un jugement qui condamnerait dès à présent le débiteur à payer lors de l'échéance? Nous pensons avec Toullier (VI, 664) et M. Dalloz (ch. IV, sect. 3, n° 6) qu'une telle condamnation devrait être refusée, en principe général, mais qu'elle devrait être prononcée si la conduite du débiteur envers son créancier était de nature à faire naître des doutes sur sa bonne foi et donnait des craintes sur l'exécution de son obligation. La Cour suprême l'a ainsi jugé par son arrêt de rejet du 14 messidor an 13.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

1189. — Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation.

579. L'obligation alternative est celle qui présente plusieurs objets par la prestation de l'un desquels le débiteur peut se libérer. « Je vous livrerai ou mon cheval ou mon bœuf; — je vous payerai 1 000 francs ou je ferai tel voyage pour vous; — je vous ferai telle construction, ou je vous abandonnerai ma ferme, ou je vous payerai 100 000 francs. » Notre article se place donc à un point de vue beaucoup trop étroit quand il dit que le débiteur sera libéré *par la délivrance de l'une des choses;* car l'un des objets de l'obligation, ou chacun de ces objets, peut être ou l'accomplissement d'un fait, ou l'abstention d'un fait. Il fallait dire, d'une manière plus générale, *par la prestation de l'un des objets compris dans l'obligation.*

Le choix de la prestation à faire peut appartenir ou au débiteur ou

---

(1) Bordeaux, 22 août 1827; Rouen, 22 fév. 1844; maintenu en cassation le 10 mars 1845 (Dev., 45, I, 601).

(2) Jugé cependant que le vendeur d'un fonds de commerce ne peut former une saisie-arrêt entre les mains du nouvel acquéreur pour sûreté des termes non échus de son prix de vente, lorsque, d'ailleurs, l'acquéreur débiteur n'a point encouru la déchéance du terme. Paris, 26 mai 1849 (Dev., 49, II, 408; Dall., 49, II, 191).

au créancier; mais c'est au débiteur qu'il appartient en principe, comme va le dire l'article suivant, et il n'appartient au créancier que quand on s'en est formellement expliqué.

Quoique l'obligation dont il s'agit présente alternativement plusieurs prestations, on voit cependant qu'au fond et en définitive, une seule de ces prestations est vraiment l'objet de l'obligation : il n'y a qu'un objet, mais cet objet reste incertain, il peut être tel ou tel autre jusqu'au choix et suivant le choix qui sera fait par la partie à laquelle ce choix appartient. Ce choix, quand il sera fait, aura un effet rétroactif au jour même de la convention, et l'obligation se trouvera n'avoir jamais eu d'autre objet que celui qui aura été choisi. Cet objet, en effet, ainsi que l'autre ou chacun des autres, a été dû dès l'origine sous cette condition : *si c'est lui qui vient à être choisi*. Donc, quand vous m'avez donné en propriété votre navire ou votre maison, celui des deux objets qui sera choisi m'aura appartenu *ab origine;* et ma créance sera et aura toujours été ou mobilière, si c'est le navire que je reçois, ou immobilière, si c'est la maison.

1190. — Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier.

580. La liberté des personnes étant le droit commun, et les obligations, les liens qui viennent gêner ces personnes, constituant une dérogation à ce droit commun, il est naturel de restreindre plutôt que d'étendre la portée d'une obligation; et, par conséquent, lorsqu'une personne s'est obligée alternativement à telle chose ou à telle autre chose, c'est à elle que doit appartenir la faculté de se libérer de la manière qui lui paraîtra la plus commode.

1191. — Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

581. Si la dette, ayant pour objets alternatifs des choses divisibles, était celle de plusieurs débiteurs (soit parce qu'il y aurait eu plusieurs débiteurs dès l'origine, soit parce qu'un débiteur unique serait mort laissant plusieurs héritiers), ces débiteurs multiples, quoique chacun d'eux ne doive que sa fraction de la dette (art. 1220), n'en seraient pas moins tenus de s'entendre pour ne donner chacun sa part que dans le même objet. Ainsi, quand Pierre me doit, à son choix, 5 hectares de terre ou 5000 francs, et qu'il laisse cinq héritiers, chacun d'eux aura bien le droit de ne me livrer qu'un cinquième de la chose pour laquelle ils se décideront, et je ne pourrais pas poursuivre l'un d'eux pour le tout sans violer l'art. 1220 ; mais il faudra que chacun d'eux me donne un cinquième de la même chose, chacun 1000 francs ou chacun un hectare du terrain indiqué, sans quoi il y aurait violation de notre article 1191. Ce que notre article dit, et ce que nous venons de dire nous-

même, pour un ou plusieurs débiteurs, s'appliquerait aussi, réciproquement, pour un ou plusieurs créanciers, si c'était à ce créancier ou à ces créanciers que le choix appartînt. — Tout ceci est la conséquence nécessaire et évidente de ce que l'obligation alternative a pour objet, non pas une partie de telle chose et une partie de telle autre, mais bien telle chose en entier, ou telle autre chose en entier également.

Mais si l'obligation alternative avait pour objet des choses à livrer périodiquement, par exemple une rente annuelle de 60 francs ou d'une feuillette de vin, la partie à laquelle le choix appartient pourrait chaque année choisir l'une des deux choses. Le seul effet de notre règle serait de l'empêcher de donner ou de demander pour une même année 30 francs et une demi-feuillette de vin.

1192. — L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation.

582. Si j'ai promis de vous donner 1 000 francs ou un sphinx, de vous construire une maison ou de faire le tour du monde en huit jours, de vous livrer ma ferme ou de partager plus tard avec vous la succession de mon père encore vivant (art. 1130), l'une des deux prestations indiquées se trouvant physiquement ou légalement impossible, et ne pouvant pas être l'objet d'une obligation, il s'ensuit que mon obligation n'a qu'un objet unique et dès à présent déterminé. Elle a la forme alternative, mais elle est réellement simple.

Il ne faudrait cependant pas appliquer notre article à la lettre à tous les cas possibles; car la forme alternative pourrait cacher une obligation simple, mais radicalement nulle, faite avec une clause pénale, qui serait nulle également. Si j'avais dit : « Je m'oblige à vous payer 10 000 francs, ou à tuer votre père d'ici à un mois », il est clair que le sens de ma promesse serait celui-ci : « Je vous promets de tuer votre père; et je vous payerai 10 000 francs si je n'exécute pas ma promesse »; le tout serait donc nul, aux termes de l'art. 1227.

1193. — L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place.

Si toutes deux sont péries, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière.

583. Cet article ne parle que des cas ordinaires, de ceux où le choix appartenait au débiteur, car des règles différentes vont être portées par l'article suivant, pour le cas où ce choix appartiendrait au créancier.

L'article nous dit d'abord que l'obligation devient pure et simple, c'est-à-dire cesse d'être alternative (il vaudrait mieux dire *simple,* afin de laisser aux mots *pure et simple* leur sens ordinaire de *non condition-*

nelle) toutes les fois que l'une des choses périt et ne peut plus être livrée, que ce soit ou non par la faute du débiteur. Il y a là un pléonasme qu'il faut corriger, en lisant « périt ou ne peut plus être livrée, pour une autre cause. » C'est, en effet, ce qu'a dit au Corps législatif l'orateur du gouvernement (Fenet, XIII, p. 246, alin. 4).

La proposition ainsi modifiée devra même être entendue encore dans un sens plus large que celui que présentent ces termes ; il faut dire : « toutes les fois que l'une des prestations (et en supposant qu'il n'y en ait que deux) ne peut plus être procurée ; toutes les fois, en un mot, que l'obligation *n'a plus qu'un objet impossible.* » Ainsi, quand je vous ai promis mon cheval, mon bœuf ou mon âne, et que j'ai tué mon bœuf et vendu mon cheval, il est clair que je ne puis plus vous donner que l'âne. Si je vous ai promis de faire tel voyage aux Antilles à telle époque, ou de vous payer 20 000 francs, et qu'à l'époque indiquée une maladie me retienne au lit, mon obligation ne peut plus avoir pour objet que les 20 000 francs. — Et peu importe que ce soit par ma faute que l'obligation n'ait plus qu'un objet possible, puisque le choix de la chose à livrer ou à faire m'appartenait. J'étais bien libre de tuer ou de vendre deux des trois animaux promis alternativement et de vous réserver le troisième, puisque j'aurais pu choisir ce troisième, alors même qu'ils seraient restés tous trois à ma disposition.

584. Puisque l'impossibilité de procurer désormais l'un des deux (ou deux des trois) objets compris dans l'obligation rend l'obligation simple et réduite à l'unique objet qui reste, il semblerait que la destruction de cet objet, arrivée ensuite sans la faute du débiteur, devrait libérer ce débiteur (art. 1302), alors même que le premier objet ne serait devenu impossible à procurer que par sa faute. Et cependant telle n'est pas la décision de notre deuxième alinéa, qui déclare le débiteur tenu du prix de la chose qui a péri la dernière, par cela seul qu'il est en faute pour l'une des deux, n'importe laquelle.

Ainsi, quand je vous ai promis alternativement mon cheval ou mon bœuf, que j'ai volontairement tué mon bœuf, et que mon cheval meurt ensuite par cas fortuit, je vous devrai néanmoins le prix de ce cheval. La pensée de la loi est que le débiteur, en rendant son obligation simple par la destruction volontaire de l'un des deux animaux, ne le fait qu'à ses risques et périls, et en se soumettant à donner l'équivalent du second objet s'il venait à périr à son tour. Il est juste, en effet, que le débiteur ne puisse pas détruire à son gré les chances que la convention offrait au créancier ; puisque la perte fortuite de l'un des animaux devait donner l'autre pour objet à l'obligation, il ne faut pas que la destruction volontaire de celui-ci rende cette obligation nulle. Seulement, il eût été plus conforme aux principes de donner alors au créancier non pas le prix de la chose qui a péri la dernière, mais le prix de celle pour laquelle le débiteur est en faute, puisque c'est elle qui se serait trouvée due et que le créancier aurait obtenue, sans la faute du débiteur.

585. Quand la seconde chose a péri par la faute du débiteur, peu importe comment la première a péri, il est alors parfaitement régulier

de faire payer au débiteur le prix de la seconde; mais il faut ajouter que ce débiteur, en outre du prix, pourrait devoir encore une certaine somme à titre de dommages-intérêts.

Si les choses avaient péri par cas fortuit l'une et l'autre, il est clair que le débiteur serait libéré (art. 1302 et 1185).

1194. — Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier,

Ou l'une des choses seulement est périe; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe;

Ou les deux choses sont péries; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix.

586. Cet article consacre, pour le cas où le choix appartient au créancier, quatre règles dont la dernière seulement paraît peu conforme aux principes.

Que le créancier, quand l'une des deux choses périra par cas fortuit, soit forcé de se contenter de la seconde, c'est tout simple : il ne peut plus faire de choix quand il n'existe qu'un objet et que la perte de l'autre n'est imputable à personne. — Quand c'est, au contraire, par la faute d'un débiteur qu'un des objets vient à manquer, il est bien juste que le créancier puisse choisir entre l'objet qui reste et la valeur de celui qu'on lui a enlevé par malice ou négligence. — Il est également très-rationnel, quand les deux objets viennent à manquer l'un et l'autre, de donner au créancier le choix entre les deux valeurs, si la perte de tous deux est imputable au débiteur. — Mais quand la faute du débiteur n'a causé que la perte de l'un des deux et que l'autre a péri par cas fortuit, le créancier, d'après les principes, n'aurait dû pouvoir réclamer que le prix de celui dont la perte est imputable, puisque c'est lui qu'il recevrait si l'on n'avait rien à reprocher au débiteur.

Du reste, *statuit lex;* et nous ne croyons pas qu'on puisse argumenter de ce que cette règle s'écarte un peu des principes pour en conclure qu'il en serait autrement s'il n'y avait pas eu faute proprement dite, mais un fait innocent. Le soin avec lequel le législateur a prévu tous les cas possibles, dans nos deux articles et le suivant, prouve bien qu'il a entendu présenter ici une théorie complète et embrassant toutes les hypothèses, et que, s'il n'a distingué partout que la *faute* et l'absence de la *faute*, c'est parce qu'il a compris, sur ce mot unique, et la faute proprement dite et le simple fait. On doit d'autant moins s'en étonner, que ce sens large du mot *faute* est évident et reconnu par tout le monde dans l'article suivant.

587. On a pu remarquer dans ce que nous avons dit sous l'article précédent, et par les exemples mêmes que nous y avons donnés, que

nous faisons rentrer dans la circonstance que le Code exprime par les mots de *choses péries* (expression beaucoup trop étroite, puisqu'il fallait embrasser tous les cas où la prestation quelconque devient impossible), que nous faisons, disons-nous, rentrer dans cette circonstance le cas d'aliénation de la chose promise. Il est évident, en effet, que cette aliénation met dans l'impossibilité de livrer la chose et doit être assimilée dès lors à une destruction de cette chose arrivée par la faute du débiteur.

Mais il en sera autrement, bien entendu, quand le créancier était devenu, dès avant l'aliénation, propriétaire de la chose aliénée, et que cette chose est un immeuble. Ainsi, quand Pierre avait promis de me donner son navire ou sa maison, et qu'il vend cette maison après que le navire a péri, il est clair que l'obligation, par la perte du navire, s'étant trouvée avoir la maison pour objet unique, j'ai été dès lors propriétaire de cette maison et que je puis la revendiquer. Que si le choix entre la maison et le navire avait été laissé à moi, créancier, je pourrais revendiquer, dans le cas même où la maison aurait été aliénée, le navire existant encore : alors, en effet, j'étais propriétaire de celui des objets que je voudrais choisir, j'étais propriétaire de la maison sous la condition que je la choisirais, le choix que je déclare faire de cette maison a donc un effet rétroactif et m'en rend propriétaire depuis le jour même du contrat.

588. Quant aux meubles, on sait que l'art. 2279 briserait la propriété du créancier et empêcherait la revendication.

1195. — Si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302.

589. Cette règle, qui se réfère aussi bien au cas où le choix appartient au créancier qu'à celui où il appartient au débiteur, n'est qu'une application du principe de l'art. 1302. Il était peu utile, au surplus, d'ajouter aux mots *sans la faute du débiteur* ceux-ci : *et avant qu'il soit en demeure,* puisque la demeure, le retard d'exécuter, constitue elle-même une faute : *qui in morâ est culpâ non vacat.* — Il faut, au reste, transporter ici les développements qui seront donnés plus loin sous cet art. 1302.

1196. — Les mêmes principes s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative.

590. On conçoit facilement, et nous l'avons déjà fait comprendre par les explications données sous les divers articles de la section, que les règles de cette section sont faites pour tous les cas où des objets multiples, quel qu'en soit le nombre, ne sont dus qu'alternativement et de façon qu'un seul doive définitivement être procuré au créancier.

Avant de passer à la section suivante, nous devons insister ici sur

une observation que nous avons déjà faite en commençant ce chapitre IV, et qui a pour objet de signaler la différence existant entre les obligations alternatives et les obligations *facultatives* dont notre chapitre ne parle pas, quoique le Traité de Pothier s'en occupât dans l'article précédent, celui des obligations alternatives (nos 243 et 244), et que les textes du Code en présentent plusieurs cas (*voy.* notamment art. 891 et 1681).

591. L'obligation facultative est celle qui n'a qu'un seul objet, mais dans laquelle il est cependant permis au débiteur de se libérer en faisant une autre prestation. Ainsi, quand nous convenons que vous me livrerez votre cheval anglais, à moins pourtant que vous n'aimiez mieux me payer 6000 francs, l'obligation est simple dans son objet, car cet objet est uniquement le cheval; mais vous avez la faculté de vous débarrasser de cette obligation sans l'exécuter directement et en me payant la somme d'argent : non pas que cette somme forme ici un second objet de l'obligation, mais elle est *in facultate solutionis.*

L'obligation facultative n'ayant qu'un seul objet, il s'ensuit 1° que si cet objet était hors du commerce, l'obligation serait nulle, faute d'objet : ainsi, tandis que l'obligation serait valable si j'avais dit : « Je m'oblige à vous livrer un cyclope ou 10000 francs », parce que l'un des objets étant impossible, il en reste un second sur lequel frappe l'obligation devenue simple (art. 1192), elle serait nulle, au contraire, si j'avais seulement promis le cyclope comme objet unique de ma dette, en me réservant la faculté de le remplacer par les 10000 francs; 2° que la nature mobilière ou immobilière de l'obligation est immédiatement connue, déterminée qu'elle est par la nature de l'objet unique : ainsi, quand je promets de vous livrer ma maison, à moins que je ne préfère vous payer 20000 francs, votre créance est immobilière; et alors même que je ne vous donnerais que les 20000 francs, c'est toujours une créance immobilière que j'acquitte; 3° que le créancier n'a jamais qu'une chose à demander, tandis que dans l'obligation alternative, il doit avoir soin (à moins que le choix ne lui appartienne) de ne pas demander tel objet plutôt que tel autre, mais de conclure au payement de l'un ou de l'autre; 4° enfin, que si l'objet unique vient à périr par cas fortuit, l'obligation est éteinte, tandis qu'elle subsisterait toujours si la seconde chose avait été l'un des objets alternatifs de la dette (art. 1193).

SECTION IV.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

592. La classe des obligations solidaires n'est pas précisément l'un des membres d'une division principale, comme le sont la classe des obligations conditionnelles (opposées aux obligations pures et simples), celle des obligations à terme (opposées aux obligations actuellement exigibles), et celle des obligations alternatives (opposées aux obligations simples et aux obligations facultatives). Elle est plutôt l'un des membres

d'une *subdivision,* et pour avoir ici une classification exacte, il faut remonter plus haut que le texte du Code.

En effet, l'obligation *solidaire* (qui est celle dans laquelle plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs se trouvent conjoints, de telle sorte qu'un quelconque d'entre eux a droit de demander le tout ou peut être forcé de payer le tout) s'oppose tout naturellement à l'obligation dans laquelle plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs sont également conjoints, mais sans solidarité et de façon que chaque créancier ne puisse demander au débiteur, ou que chaque débiteur ne soit tenu de payer au créancier que sa part de la dette. L'obligation solidaire n'est ainsi qu'une des espèces de l'obligation *conjointe*. Celle-ci, à son tour, n'est elle-même qu'une des deux espèces de l'obligation présentant plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, et qu'on peut appeler génériquement obligation *multiple*. La pluralité, en effet, peut exister pour des créanciers ou des débiteurs qui, au lieu d'avoir cette qualité conjointement, ne l'ont que disjonctivement, c'est-à-dire alternativement : tel serait le cas d'un testament qui chargerait l'héritier de payer une somme à Pierre ou à Paul, à son choix. — Enfin l'obligation multiple forme l'un des membres de la division dont le second membre nous offre l'obligation simple ou *unique,* c'est-à-dire celle qui n'a qu'un seul créancier et un seul débiteur.

Ainsi, les obligations, considérées quant au nombre des créanciers et des débiteurs, se divisent d'abord en obligations uniques et obligations multiples. L'obligation multiple se subdivise en disjointe et conjointe, selon que les créanciers et les débiteurs ne sont tels qu'alternativement ou le sont tous simultanément. Enfin, l'obligation conjointe est tantôt conjointe proprement et simplement, tantôt solidaire.

Dans l'obligation simplement conjointe, où chacun des créanciers ne peut demander que sa part, et chacun des débiteurs n'est tenu de payer que sa part, la division se fait, en principe, en autant de parts égales qu'il y a de créanciers ou de débiteurs; mais il est clair que le titre constitutif pourrait établir des parts inégales entre les divers intéressés.

593. L'obligation solidaire, d'après ce qui vient d'être dit, est celle dans laquelle la totalité de l'objet (*solidum*) peut, en vertu du titre constitutif ou d'une disposition formelle de la loi, être demandée par l'un quelconque des cocréanciers ou à l'un quelconque des codébiteurs, sauf, après le payement, le partage du profit ou du déboursé entre tous les intéressés.

Cette obligation solidaire se subdivise à son tour (et nous verrons plus loin que cette dernière distinction est importante pour l'intelligence de certains cas) en parfaite et imparfaite. La solidarité parfaite ou proprement dite est celle qui produit tous les effets indiqués par la loi, en sorte que non-seulement elle soumet chacun des débiteurs à la poursuite du créancier pour toute la dette, mais encore elle les rend associés et mandataires les uns des autres *ad conservandam obligationem,* de façon, par exemple, qu'en interrompant la prescription contre l'un d'eux, le créancier l'interromprait par là même contre les autres. La solidarité impar-

faite est celle qui oblige bien chacun des débiteurs pour la totalité de la dette, mais sans qu'ils soient pour cela représentants les uns des autres, sans que le créancier dès lors pût invoquer contre l'un l'interruption de prescription qu'il a réalisée contre l'autre, et sans que la plupart des autres règles de notre section pussent s'appliquer. On pourrait dire, en empruntant une expression de Dumoulin, que le débiteur, tenu dans la solidarité parfaite *in totum et totaliter,* est tenu alors *in totum* seulement, mais non pas *totaliter,* non pas avec les circonstances que nous rencontrerons dans les articles auxquels nous arrivons.

Nous aurons des exemples de solidarité imparfaite sur l'art. 1201 et sur l'art. 1202. Du reste, quand nous employons le mot de solidarité sans rien ajouter, c'est en général de la solidarité parfaite que nous parlons.

594. Il ne faut pas confondre l'obligation solidaire avec l'obligation *indivisible,* dont va s'occuper la section suivante. Si, dans l'obligation indivisible, l'objet peut être demandé tout entier à un seul des codébiteurs, c'est uniquement parce que cet objet ne peut pas se diviser; tandis que, dans l'obligation solidaire, l'objet peut être demandé en entier quoiqu'il soit parfaitement divisible, et lorsqu'il s'agit, par exemple, d'une somme d'argent. Ainsi, tandis qu'à la mort de l'un des débiteurs de l'obligation indivisible, chacun de ses héritiers peut être poursuivi pour le tout et non pour partie, puisque l'objet de l'obligation n'admet pas de parties, dans l'obligation solidaire, au contraire, chacun des héritiers du codébiteur défunt ne pourra être poursuivi que pour sa part héréditaire. Car l'obligation solidaire reste parfaitement divisible; et, par conséquent, à la mort d'un des débiteurs, elle se divise de plein droit entre ses héritiers, qu'il faut prendre tous ensemble quand on veut obtenir le résultat que l'on pouvait atteindre avec un seul des codébiteurs primitifs (art. 1217-1219, et 2249, alin. 2).

595. Du reste, la solidarité entre créanciers est fort rare; et cela se conçoit, puisqu'elle ne paraît pas présenter d'autre utilité que de faciliter le recouvrement de la créance en permettant à chacun des intéressés de faire pour la totalité de la créance les poursuites qu'il n'aurait pu faire sans cela que pour sa part. Au contraire, la solidarité entre débiteurs ayant pour effet d'offrir une grande garantie au créancier en lui permettant de poursuivre chaque obligé pour le tout, on comprend facilement qu'elle soit très-fréquente. Cette dernière est la seule qui résulte de plein droit des dispositions du Code; la première n'existe jamais que quand elle est écrite dans le titre constitutif de la créance.

§ 1er. — De la solidarité entre les créanciers.

1197. — L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque le titre donne expressément à chacun d'eux le droit de demander le payement du total de la créance, et que le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.

596. Ces expressions de notre article, « *encore que* le bénéfice de l'obligation soit partageable entre les créanciers », sembleraient indiquer que c'est là un cas exceptionnel. C'est, au contraire, le cas ordinaire, comme va nous le prouver le deuxième alinéa de l'article suivant ; et M. Duranton, qui avait enseigné dans son *Traité des contrats* (II, 542) que le bénéfice de la créance n'est pas partageable en principe entre les divers créanciers, a reconnu dans son *Cours de droit* (XI, 172) que cette règle du droit romain se trouve fausse sous le Code Napoléon.

Pothier, il est vrai, écrivant sous l'influence des idées romaines que le Code a rejetées, donnait comme exemple de l'obligation solidaire celle qui naîtrait d'un testament disant : « Mon héritier donnera aux Carmes et aux Jacobins, à son choix, une somme de 100 livres. » Mais il est évident, malgré l'idée contraire de M. Duranton (XI, n[os] 165 et 166), que ce n'est pas là un cas de solidarité entre créanciers, puisqu'il n'y aura en définitive qu'un seul créancier, qui sera ou le couvent des Carmes ou le couvent des Jacobins, au choix de l'héritier. Cet héritier, poursuivi par l'un des couvents, sera libre de lui dire qu'il ne lui doit rien et qu'il entend donner la somme à l'autre. C'est là l'obligation alternative (non quant à l'objet, mais quant au sujet) que nous avons désignée plus haut sous le nom d'obligation multiple *disjointe*. Or, si les créanciers ne sont pas même conjoints, comment voulez-vous qu'ils soient solidaires?

Il est vrai encore qu'en dehors du cas indiqué par Pothier, on peut en trouver d'autres où le bénéfice ne serait pas non plus partageable entre les créanciers et devrait appartenir à un seul. Ainsi, quand je vous prête 10 000 francs et que, pour faciliter la rentrée de cette somme, je stipule qu'elle pourra vous être demandée à l'échéance, soit par moi, soit par Pierre, il est évident que Pierre, quoiqu'il soit créancier dans la forme et par rapport à vous, ne l'est pas en réalité et dans ses rapports avec moi; il est évident que la somme entière doit revenir à moi seul, alors même que ce serait à Pierre qu'elle aurait été payée. Mais ce n'est pas là le cas le plus ordinaire : la division du bénéfice entre les divers créanciers est le droit commun, et son attribution à un seul est l'exception.

1198. — Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux.

Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier.

597. Chacun des créanciers solidaires étant le représentant des autres, il s'ensuit tout naturellement cette double conséquence : 1° que le débiteur, avant toute poursuite, est libre de payer à celui qu'il lui plaira, puisque chacun a capacité pour recevoir tout, et 2° que quand les poursuites seront une fois intentées par l'un des créanciers, le payement devra se faire à lui, et le débiteur ne pourra pas échapper à son

action en déclarant qu'il veut payer à un autre, puisque ce créancier a qualité pour poursuivre au nom de tous.

Pothier (n° 260, 4°) décidait que la remise de la dette faite par un seul créancier éteignait entièrement la dette. C'était la reproduction de la règle romaine, qui était une conséquence des paroles sacramentelles de la remise. *Acceptumne habes?* disait le débiteur ; et le créancier répondait : *Acceptum habeo.* Le créancier reconnaissant avoir tout reçu, et ayant en effet qualité pour tout recevoir, le débiteur était donc libéré pour le tout : *acceptilatione unius tota solvitur obligatio* (Institut., l. 3, t. XXIX, 1 ; Dig., l. 45, t. II, 2). Chez nous, il n'y a plus de paroles sacramentelles, plus de subtilités qui viennent contredire les vrais principes d'équité et de justice, et le cocréancier, maître absolu pour sa part, n'est plus pour les parts de ses coïntéressés qu'un simple mandataire qui ne saurait avoir mission de nuire aux droits de ses mandants.

598. Ainsi, la remise faite par le créancier n'a d'effet que pour sa part, comme le dit expressément notre deuxième alinéa. — Il en est de même de la novation qu'il consentirait (1) ; car il est évident que le mandat donné pour recevoir une dette n'emporte pas le droit de la transformer en une autre dette. — Nous pensons qu'il en est de même encore de la compensation, malgré l'opinion contraire de M. Duranton (XI, 178) ; car je ne puis évidemment pas compenser avec un mandant ce qui ne m'est dû que par son mandataire (art. 1294). — Même règle pour la confusion, c'est-à-dire pour le cas où le débiteur est devenu héritier de l'un des créanciers ou réciproquement ; car la confusion ne produit son effet que pour les droits actifs ou passifs propres aux deux personnes dont l'une succède à l'autre (art. 1209 et 1301). — Mais, pour ce qui serait du jugement obtenu par le débiteur contre l'un des créanciers, il nous paraît, nonobstant la doctrine contraire de M. Duranton (n° 179), qu'il aurait son effet pour la créance entière, puisque ce jugement se trouve rendu contre tous les créanciers, représentés par celui qui avait mandat d'agir pour eux. Il en serait autrement, bien entendu, si le créancier s'était laissé condamner par collusion, et les cocréanciers pourraient alors faire tomber le jugement par la tierce opposition.

1199. — Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

599. Chaque créancier étant le mandataire légal des autres, il est clair que quand il fait un acte interruptif de prescription, il le fait pour le profit de ses mandants comme pour lui-même. Mais il faut se garder d'en conclure, comme le fait M. Duranton (XI, 180) (2), que la suspension de la prescription au profit d'un créancier profiterait égale-

(1) *Conf.* Zachariæ, Massé et Vergé (III, § 527, p. 351) ; Aubry et Rau (III, § 298, p. 12) ; Larombière (art. 1198, n° 13).

(2) *Adde :* Dans le sens de Duranton, Delvincourt (art. 1199) ; Larombière (art. 1199, n° 15).

ment aux autres (art. 2252)... Qu'un mandant puisse invoquer les actes accomplis par le mandataire qui agit pour lui, c'est de toute raison; mais qu'il pût aussi s'appliquer les bénéfices résultant pour son mandataire de la minorité ou de l'interdiction de celui-ci, c'est évidemment insoutenable. Aussi l'idée de M. Duranton est-elle rejetée par les auteurs et la jurisprudence (1).

§ 2. — De la solidarité de la part des débiteurs.

1200. — Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier.

1201. — L'obligation peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose; par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre.

SOMMAIRE.

I. Observations sur le texte des deux articles.
II. La solidarité résulte bien des engagements que plusieurs débiteurs prennent successivement et par actes séparés. Elle est, selon les cas, parfaite ou imparfaite. Erreur de M. Duranton et de M. Zachariæ.

I. — 600. Le texte de ces articles donne lieu à des observations que nous ferons suivre de l'examen d'une question très-controversée par les auteurs.

Et d'abord, la définition que l'art. 1200 donne de l'obligation solidaire est trop vague, trop peu précisée, et elle conviendrait aussi bien à l'obligation indivisible qu'à l'obligation solidaire; car, dans l'une comme dans l'autre, chaque débiteur peut être contraint pour la totalité, et le payement par lui fait libère ses codébiteurs. On a vu, par l'explication que nous avons donnée en commençant la section, que pour ne pas confondre ces deux espèces d'obligations il faut distinguer si c'est par la déclaration, soit du titre constitutif, soit de la loi, ou si c'est seulement par la nature de l'objet dû que chaque débiteur se trouve tenu pour le tout.

La disposition de l'art. 1201 est fort simple... Quoiqu'il n'y ait qu'une seule chose due, cependant, du moment qu'il y a plusieurs débiteurs, plusieurs liens ou du moins un lien frappant sur plusieurs personnes, il est évident que ces diverses personnes peuvent devoir la chose d'une manière différente : l'une à terme, l'autre immédiatement; celle-ci sous

(1) Merlin (*Rép.*, v° Prescript., sect. 1, § 7); Troplong (*Prescript.*, II, n° 739); Massé et Vergé (III, § 527, note 13); Aubry et Rau (III, § 298, note 15, p. 13); Rodière (n° 25); Rej., ch. civ., 30 mai 1814; Rej., 5 déc. 1826, 23 fév. 1832 (Dev., 32, I, 537).

condition, celle-là purement. — Quand nous sommes convenus que Pierre et Paul me devront solidairement 800 francs, mais avec un terme de trois mois pour ce dernier, il est clair que pendant les trois mois je ne puis poursuivre que Pierre, et que c'est seulement après ce délai que je pourrai, à mon choix, adresser ma demande à l'un ou à l'autre. Quand nous avons dit que Pierre me devra 800 francs, que si tel navire revient Paul me les devra avec solidarité entre eux, la dette de Paul et la solidarité n'existent que conditionnellement; il y aura obligation solidaire si le navire revient; s'il ne revient pas, il n'y aura qu'une dette pure et simple, unique : Pierre sera seul tenu.

II. — 601. Mais si la solidarité peut résulter ainsi, même immédiatement, de l'engagement que deux débiteurs prennent d'une manière différente, pourrait-elle résulter aussi de l'engagement que ces débiteurs prendraient successivement et par deux actes séparés? Ainsi, Pierre s'est obligé le 1er juillet à me payer 800 francs à telle époque; le 10 juillet, Paul souscrit à son tour l'engagement de me payer les mêmes 800 francs que Pierre me doit déjà : Pierre et Paul sont-ils codébiteurs solidaires?... Cette question, que Toullier avait résolue d'une manière très-exacte, et sur laquelle on ne peut reprocher à Delvincourt que de n'avoir pas suffisamment précisé sa pensée, a donné lieu plus récemment, de la part de M. Duranton et de M. Zachariæ, aux idées les plus fausses. M. Duranton (XI, 188), dont M. Dalloz trouve la doctrine très-rationnelle (sect. V, art. 1, n° 12), fait une distinction d'après laquelle la solidarité aurait lieu ou n'aurait pas lieu, selon que le second acte se référerait ou ne se référerait pas au premier. M. Zachariæ (II, p. 260, note 2) enseigne que non-seulement il n'y a pas alors d'obligation solidaire, mais que ce n'est pas même une obligation multiple, et qu'il y a là autant d'obligations uniques et indépendantes qu'il y a d'actes.

Ces deux doctrines sont aussi inadmissibles l'une que l'autre.

Et d'abord, la distinction de M. Duranton ne peut ici servir à rien et ne touche pas à la question. Selon lui, la solidarité existera ou n'existera pas, selon que la seconde promesse se référera ou ne se référera pas à la première. Mais si la seconde promesse ne se référait pas à la première, la controverse que M. Duranton veut trancher ne serait pas même possible... Pour qu'on puisse se demander si Pierre et Paul sont ou ne sont pas débiteurs solidaires, il faut bien que le second acte déclare que les 800 francs que me promet Paul sont précisément les mêmes 800 francs que Pierre m'a déjà promis par l'acte antérieur, et qu'il continue de me devoir; de telle sorte que je puisse les demander à celui des deux que je voudrai, et que, l'un payant la somme, l'autre soit libéré. Il faut que ceci soit bien entendu. Car, d'un côté, si Paul m'avait promis 800 francs sans se référer à la promesse antérieure de Pierre, j'aurais alors *deux créances* de 800 francs chacune, et on ne pourrait pas se demander s'il y a solidarité. D'un autre côté, si la seconde promesse se référait à la première, mais en ce sens que les 800 fr. seront dus par Paul *à la place de Pierre,* il est clair qu'on ne pourrait

pas encore parler solidarité, puisque je n'aurais qu'un seul débiteur. Il faut donc, pour qu'on puisse se demander si les deux débiteurs sont ou ne sont pas solidaires, que la seconde promesse se réfère à la première, de manière à constituer les deux promettants simultanément débiteurs du même objet. La distinction proposée par M. Duranton, et qui paraît si rationnelle à M. Dalloz, se trouve donc complétement insignifiante pour la solution de la question.

La décision de M. Zachariæ, à son tour, n'est pas moins étrange que la distinction de M. Duranton. Quand l'objet que me doit Paul est précisément l'objet que me doit Pierre, et que la prestation que me fera l'un d'eux libérera l'autre et éteindra la dette, il est bien clair que je n'ai qu'une créance, quoiqu'il y ait plusieurs débiteurs. Or, s'il n'y a qu'une seule créance, qu'une seule dette avec plusieurs débiteurs, il y a donc une obligation multiple. Maintenant, dans quelle espèce rentre cette obligation multiple? Ce n'est pas une obligation simplement conjointe, puisque chaque débiteur n'y doit pas seulement une portion, mais la totalité. C'est donc une obligation solidaire... M. Zachariæ fonde sa décision sur la loi 12 *De duob. reis* (l. 45, t. II), qui n'a évidemment aucune application possible chez nous. Cette loi, qui prévoit un cas d'obligation verbale, c'est-à-dire contractée par stipulation, dit que si un stipulant interroge deux personnes, et que, l'une répondant au moment même, l'autre ne vienne répondre que le lendemain, il n'y aura pas deux codébiteurs, attendu que le second promettant ne sera pas obligé. C'est qu'en effet, il était de l'essence de la stipulation que la réponse suivît la demande sans interruption : *continuus actus stipulantis et promittentis esse debet... si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eâdem die spondisset* (l. 45, t. I, 137). D'après ce principe, la loi invoquée par M. Zachariæ disait : *Ne obligatum quidem intelligi eum qui posterâ die responderat, cùm actor ad alia negotia dicesserit.* Tout en invoquant cette règle romaine, M. Zachariæ avoue par le fait qu'elle ne saurait prouver sa thèse, puisque cette règle consistait à dire que le second promettant *n'est point obligé,* tandis que M. Zachariæ reconnaît qu'il l'est chez nous. Mais s'il est obligé, il y a donc deux débiteurs pour une même dette : la dette est donc multiple; et comme ce n'est pas une dette conjointe seulement, c'est donc une dette solidaire.

Ainsi, il y a alors solidarité; et c'est évident, puisque Pierre est tenu *in totum, in solidum,* et que Paul l'est de même, puisque je puis demander le tout à celui des deux qu'il me plaît de choisir, et que le payement fait par l'un d'eux libérera l'autre. Mais ce n'est pas la solidarité parfaite proprement dite, et c'est pour n'avoir pas distingué les deux espèces de solidarité que M. Zachariæ et M. Duranton n'ont pas reconnu ici une obligation multiple et solidaire, et se sont jetés dans les idées étranges que nous venons de signaler... Ce n'est pas ici la solidarité parfaite, celle que présente le Code et ayant pour effet de rendre les codébiteurs mandataires les uns des autres : ainsi, quoique l'art. 1206 déclare que la poursuite faite contre un débiteur solidaire interrompt

la prescription à l'égard de tous, il est bien clair que la poursuite que le créancier dirigerait ici contre Paul n'arrêterait pas la prescription courant au profit de Pierre qui n'a donné aucun mandat à Paul, qui ne le connaît peut-être pas, et à l'insu duquel peut-être celui-ci s'est obligé à la même dette.

C'est donc là un cas de solidarité imparfaite, et c'est ce qu'avait très-bien compris Toullier, qui nous dit (VI, 723) que tous les débiteurs doivent s'obliger *dans le même temps* et *par le même acte* pour établir *une solidarité* PARFAITE; et que si l'un s'oblige solidairement le lendemain à la chose que l'autre a promise la veille, il n'y aura entre eux qu'une *solidarité imparfaite*.

Telle était aussi au fond la pensée de Delvincourt; et quand il déclarait y avoir solidarité dans le cas prévu, ce n'était pas de la solidarité parfaite qu'il entendait parler, car il ne donnait à cette solidarité que l'effet *d'obliger chaque débiteur à toute la dette,* sans parler d'aucune idée de société ni de mandat.

602. Du reste, la solidarité proprement dite pourrait elle-même exister entre les deux personnes qui se sont ainsi obligées avec intervalle et par des actes séparés. Il suffirait pour cela que Pierre ait déclaré d'avance consentir à s'engager solidairement avec Paul, ou que le premier obligé vienne, après que Paul s'est soumis à la solidarité, déclarer qu'il entend s'y soumettre avec lui. En un mot, il y aura obligation solidaire proprement dite toutes les fois que les volontés des divers obligés se sont réunies pour se soumettre à la solidarité d'un commun accord. Toullier avait également bien compris ceci, puisqu'il dit que la solidarité parfaite ne résulterait pas de l'engagement de celui qui, le lendemain d'une obligation contractée solidairement par plusieurs, accède à cette obligation *sans leur ordre*. Toullier entend donc bien que, s'il y avait ordre, volonté, assentiment du premier obligé, il y aurait solidarité parfaite entre lui et le second, quoique celui-ci ne se fût obligé que le lendemain et par un acte postérieur.

Qu'importent, en effet, et le nombre des actes et l'époque à laquelle ils sont faits?... Si définitivement les divers obligés se trouvent d'accord entre eux pour être mandataires les uns des autres et ont manifesté leur volonté réciproque à cet égard, cette convention doit avoir son effet, et, dès lors, il y a solidarité parfaite. Que si chacun d'eux s'est obligé à la totalité, mais sans se mettre en société, cette convention doit encore avoir un effet, et c'est alors, comme on l'a vu, la solidarité imparfaite. Telle est la seule distinction à faire.

1202. — La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

SOMMAIRE.

I. La solidarité peut résulter ici ou d'un titre ou de la loi. Dans le premier cas, l'expression n'a rien de sacramentel et n'a pas même besoin d'être spéciale. Erreur de M. Duranton.

II. Solidarité légale. L'art. 55 qui la prononce pour les crimes et délits ne s'étend ni aux quasi-délits, ni aux contraventions.

I. — 603. Nous avions déjà dit que la solidarité entre débiteurs peut résulter ou du titre constitutif ou de la loi, tandis que la solidarité entre créanciers ne résulte que du titre et ne peut jamais exister de plein droit. Mais il ne faudrait pas, pour exprimer cette idée, dire, comme le fait M. Duranton (somm. du n° 184 et alin. 3 du n° 194), que la solidarité peut être ici *conventionnelle* ou légale, tandis qu'elle ne pourrait avoir lieu dans l'autre cas que par *une convention;* car la solidarité peut exister, en dehors même des cas où elle a lieu de plein droit, sans résulter pour cela d'une convention : elle peut fort bien être établie par testament.

Il n'est pas nécessaire, au surplus, pour établir la solidarité dans le titre, d'employer les mots *solidairement, solidaire;* et si notre article, comme l'art. 1197, exige que la stipulation de solidarité soit faite expressément, il ne demande pas qu'elle soit exprimée de telle façon plutôt que de telle autre : il faut dire ici, comme pour l'expression de la dispense du rapport, qu'elle n'a rien de sacramentel et qu'elle n'a pas même besoin d'être spéciale. Rien de sacramentel; et la solidarité sera certes clairement exprimée quand on aura dit que les parties s'obligent *chacune pour le tout, l'une pour l'autre,* etc. Pas besoin d'expression spéciale, de clause *ad hoc;* et il suffit que les juges du fait, chargés de l'interprétation de l'acte, voient dans son contexte la manifestation de l'intention d'établir la solidarité (1).

II. — 604. Entre autres cas de solidarité légale, on peut voir les art. 396, 1033, 1448, 1887, etc., et aussi l'art. 55 du Code pénal. D'après cet article, les auteurs de crimes ou délits (mais non ceux de simples contraventions) sont tenus solidairement des amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais auxquels ils sont condamnés : ils se sont associés pour le méfait; la loi les associe pour sa réparation, sans distinguer, comme l'a fait bien à tort un arrêt de Bordeaux du 16 février 1829, si c'est par les tribunaux criminels ou par la juridiction civile que les condamnations ont été prononcées.

Mais il n'en faudrait pas conclure qu'il en sera de même pour les actes qu'on appelle *délits* en matière civile et qui forment, avec les *quasi-délits,* les cinquième et quatrième sources d'obligations. Les délits civils, comme on le verra au chapitre II du titre suivant, ne sont pas les actes qu'on appelle délits en matière criminelle. Sans doute, la plupart des délits criminels constituent aussi des délits civils; mais il est tel délit criminel qui n'est pas un délit civil, et réciproquement il y

(1) Grenoble, 20 janv. 1830; Rej., 9 janv. 1838 (Dev., 30, II, 133; 38, I, 746).

a beaucoup de délits civils qui ne sont pas délits au criminel. Or, quoique les auteurs multiples d'un délit civil se trouvent, par la nature même des choses, responsables chacun pour le tout (puisque chacun a causé de fait et d'intention le dommage entier), cependant, comme il n'existe ni titre ni texte de loi qui les constitue débiteurs solidaires, on ne pourra pas leur appliquer les règles de la solidarité parfaite : ils ne seront pas mandataires et représentants les uns des autres; dès lors, la poursuite qui interromprait la prescription contre l'un ne l'interromprait pas pour cela contre tous (art. 1206); la demande d'intérêts faite contre lui ne les ferait pas courir contre les autres (art. 1207); et il pourrait aussi invoquer le bénéfice de division (art. 1203).

C'est donc ici, comme dans le n° II de l'art. 1201, un cas où chaque débiteur est, à la vérité, tenu pour le tout, mais sans qu'il y ait solidarité proprement dite; et c'est dans le sens d'une solidarité imparfaite, et ne produisant pas tous les effets indiqués dans notre section, qu'il faut entendre, si l'on veut les mettre d'accord avec la règle formelle de notre article, les nombreux arrêts qui ont admis la solidarité dans le cas qui nous occupe (1).

605. M. Duranton (XI, 194), qui reconnaît comme nous que l'article 55 du Code pénal ne permet pas d'étendre la solidarité aux auteurs de quasi-délits, enseigne, au contraire, que sa disposition doit s'appliquer aux simples contraventions comme aux crimes ou délits. Nous ne saurions admettre cette idée qui a déjà été réfutée par Toullier (XI, 151) avec une précision et une énergie qui semblaient appeler autre chose que la déclaration pure et simple du savant professeur de Paris. « Nous croyons, dit M. Duranton, que le mot *délit,* dans l'art. 55, est une expression énergique s'appliquant aussi aux simples contraventions »; et il ne donne aucune raison de cette croyance. Mais, comme l'avait très-bien observé Toullier, ce sens générique est évidemment inadmissible, puisque le Code pénal, après avoir posé en principe et dès son début la distinction capitale des crimes, des délits et des contraventions (art. 1), ne s'occupe que des *crimes* et des *délits* dans chacun des chapitres des trois premiers livres (où se trouve l'art. 55), pour n'arriver aux contraventions que dans son livre quatrième; et que l'art. 55 lui-même a soin de ne déclarer tenus solidairement que « les individus condamnés *pour un même crime ou pour un même délit.* » Ainsi l'article prévoit distinctement les deux cas, en ayant soin de ne pas ajouter le troisième; et son texte, aussi bien que la place qu'il occupe, rendent impossible l'idée de M. Duranton... Parlera-t-on d'analogie? Mais,

(1) Nancy, 18 mai 1827; Paris, 26 fév. 1829; Rej., 20 fév. 1836, 8 nov. 1836, 12 nov. 1837; Bordeaux, 9 fév. 1839; Rej., 29 janv. 1840 (Dev., 36, I, 293 et 801; 37, I, 964; 39, II, 499; 40, I, 369). *Voy.* aussi Cass., 10 janv. 1849, 20 juill. 1852, 29 déc. 1852, 4 mai 1859, 14 déc. 1859, 3 mai 1865 (Dev., 49, I, 190; 52, I, 689; 53, I, 91; 59, I, 377; 65, I, 251; Dall., 49, I, 19; 52, I, 248; 53, I, 49; 59, I, 191; 59, I, 314). — La solidarité ne peut être prononcée pour les dépens. Cass., 28 fév. 1848 (Dev., 48, I, 311; Dall., 48, II, 122). Mais il en est autrement à l'égard des auteurs communs d'un quasi-délit. Cass., 13 juill. 1857 (Dev., 58, I, 281; Dall., 58, II, 348). *Voy.* aussi Cass., 5 fév. 1856 (Dev., 56, I, 353; Dall., 56, I, 83).

outre qu'elle n'existe pas (puisque des crimes ou des délits sont choses plus graves et plus sévèrement punissables que des contraventions ou des quasi-délits), c'est M. Duranton qui nous dit au même n° 194 que « prononcer par analogie, ce serait ajouter à la loi précisément dans une matière où la loi elle-même défend que l'on étende ses dispositions. »

1203. — Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division.

606. Certains jurisconsultes pensaient autrefois que le débiteur solidaire pouvait invoquer le bénéfice de division, c'est-à-dire renvoyer le créancier, en lui offrant sa part de la dette, à demander le reste aux autres débiteurs, pour ne lui payer le tout qu'autant que ceux-ci seraient insolvables. Nos rédacteurs, partant de l'idée que l'obligé doit le tout et le doit *totaliter,* qu'il est chargé de répondre aux poursuites au nom de tous ses codébiteurs, et consacrant ici l'opinion de Pothier (n° 270), refusent expressément au débiteur ce bénéfice de division. Mais il est bien évident que ceci n'empêche pas le débiteur poursuivi pour le tout d'appeler en garantie tous ses codébiteurs, de même que ceux-ci pourraient intervenir sans être appelés par lui (Bordeaux, 19 août 1826).

1204. — Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.

607. Les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs n'éteignent pas l'obligation, tant qu'elles ne sont pas suivies de payement; l'obligation subsistant, chacun des débiteurs reste donc tenu de la totalité; et, dès lors, le créancier est libre de laisser celui qu'il a poursuivi d'abord pour aller poursuivre les autres (Pothier, n° 271).

1205. — Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts.

Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure.

608. En principe, la perte du corps certain qui faisait l'objet de l'obligation, pourvu qu'elle soit arrivée sans la faute et sans le fait du débiteur (et aussi avant sa mise en demeure, puisque la demeure est elle-même une faute), éteint la dette (art. 130). Or, comme le fait et la faute de l'un de plusieurs débiteurs sont étrangers aux deux autres et ne sont

pour ceux-ci que des cas fortuits, il s'ensuit que, dans les cas ordinaires, la destruction de la chose, même par la faute de l'un des débiteurs, libérera ses codébiteurs.

Nous mettons ici sur la même ligne la faute et le fait. On a déjà vu, en effet, que le simple fait de la personne, s'il ne peut pas faire naître une obligation contre elle, ne peut pas du moins éteindre son obligation préexistante, et qu'un débiteur n'est libéré par la perte de la chose que quand cette chose a péri sans sa faute et sans son fait, c'est-à-dire par cas fortuit. Le Code, dans notre article, comme dans les art. 1193-1195, comme dans l'art. 1302, comprend donc le simple fait sous le nom de faute. Ce dernier article (1302), le siége de la matière, nous en donne la preuve, puisqu'il fait voir que la faute, telle qu'il l'entend, existe toutes les fois qu'il n'y a pas cas fortuit.

Ainsi, dans les cas ordinaires d'obligation conjointe, la destruction de la chose par le fait ou la faute de l'un des obligés libère ses coobligés; mais notre article en dispose autrement pour le cas où cette obligation est solidaire. Comme, dans le cas de solidarité, chacun des débiteurs est le représentant des autres et son mandataire *ad perpetuandam obligationem,* le législateur en conclut avec Pothier que la perte arrivée par la faute ou le fait de l'un d'eux laissera subsister l'obligation contre tous.

609. Au surplus, les codébiteurs ne pouvant pas être regardés comme s'étant donné mandat même pour accroître l'obligation, il s'ensuit que les dommages-intérêts qui peuvent s'ajouter à l'obligation par la faute de celui qui fait périr l'objet restent sa dette propre et ne sont pas dus par les codébiteurs ses mandants (Pothier, *ibid.*).

Il en serait autrement si les dommages-intérêts avaient été, en vue de la faute ou du fait, formellement stipulés dans le contrat; car, alors, ce serait une clause pénale convenue pour tel cas prévu, lequel cas venant à se réaliser, il n'y aurait pas augmentation de l'obligation consentie : on n'excéderait pas, en imposant la dette à tous les contractants, les limites du contrat, et on ne violerait pas la règle que le mandat existe seulement *ad perpetuandam obligationem* et non *ad augendam.* Cette décision, donnée par Pothier (*ibid.*, alin. dern.), est d'autant moins douteuse que nous allons voir le Code en faire l'application dans l'art. 1207 pour les intérêts moratoires de sommes d'argent, lesquels étant des dommages-intérêts fixés à l'avance par la loi (art. 1153) sont considérés par elle comme une clause pénale tacitement comprise dans le contrat.

1206. — Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous.

610. Chacun des codébiteurs solidaires étant mandataire de tous *ad perpetuandam et conservandam obligationem,* il est clair que les poursuites dirigées contre un seul arrêtent aussi bien la prescription contre les autres que contre lui-même, et qu'il en serait de même de sa re-

connaissance de la dette (art. 3249, alin. 1). Que si l'interruption, au lieu de s'accomplir pour l'un des codébiteurs, ne s'accomplissait que pour l'un des héritiers d'un codébiteur, on comprend, d'après ce que nous avons dit en commençant la section, que la dette, toute solidaire qu'elle est, s'étant divisée entre les héritiers du défunt, l'interruption n'aurait effet contre les autres débiteurs que pour la part pour laquelle l'héritier représente le défunt. Pour qu'il y eût interruption quant à la dette entière, il faudrait que cette interruption s'accomplît contre tous les héritiers du codébiteur défunt (art. 2249, alin. 2, 3 et 4) (1).

1207. — La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.

611. Cette règle n'est point une conséquence de ce que la mise en demeure de l'un des débiteurs solidaires serait la mise en demeure des autres et ferait naître ainsi contre tous la dette de dommages-intérêts. En effet, ce principe consisterait à dire que chacun des codébiteurs est mandataire des autres, même *ad augendam obligationem,* et nous avons vu par l'art. 1205 que le Code, après Pothier, rejette cette idée. Nous avons déjà dit que, selon nous, la raison de notre article est que les intérêts de l'argent, dans les obligations de sommes, étant les dommages-intérêts fixés *à l'avance* par la loi, on peut dire qu'il y a, quant à eux, une clause pénale tacitement stipulée, en sorte que leur dette, quand elle vient à se réaliser, n'excède pas les limites de la convention primitive et peut être étendue à tous les débiteurs pour la mise en demeure d'un seul, sans violation du principe que le débiteur mis en demeure n'avait mandat que *ad perpetuandam et conservandam obligationem.*

La demande d'intérêts formée contre un seul des débiteurs étant légalement faite contre tous, il s'ensuit, selon nous, que si l'un des autres n'est obligé que sous condition ou à terme, les intérêts n'en seront pas moins dus par lui une fois que le terme sera échu ou si la condition vient à s'accomplir. La demande, en effet, s'est trouvée formée et a produit son résultat aussi bien contre lui que contre les autres, sauf, bien entendu, le bénéfice de la condition ou du terme, c'est-à-dire que les intérêts ne commenceront à courir qu'après l'échéance du terme ou l'avénement de la condition.

1208. — Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs.

---

(1) Lorsqu'un jugement par défaut a été rendu contre plusieurs codébiteurs solidaires, l'exécution dans les six mois à l'égard de l'un d'eux empêche la péremption à l'égard des autres. Cass., 4 fév. 1852, 2 mars 1853, 9 août 1858, 3 déc. 1861 (Dev., 52, I, 320; 53, I, 326; 60, I, 470; 62, I, 155; Dall., 52, I, 73; 53, I, 82; 59, I, 424; 62, I, 41). *Conf.* Larombière (art. 1208, n° 6); Aubry et Rau (III, § 298, note 39).

Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs.

SOMMAIRE.

I. Mauvaise rédaction de cet article, qui a voulu consacrer et compléter l'ancienne doctrine de Pothier.
II. Il n'y a que deux classes d'exceptions ; toutes sont *communes* ou *personnelles*.
III. Ces dernières se subdivisent en *personnelles* et *purement personnelles*.

I. — 612. Il semble que les rédacteurs du Code, en écrivant cet article, aient voulu parler pour ne rien dire et qu'ils n'aient pas osé regarder en face les difficultés qu'ils avaient ici à résoudre. Après avoir copié les cinq articles précédents dans les n°s 270-273 de Pothier (à l'exception de l'art. 1207, relatif aux intérêts, dont Pothier ne parlait pas parce qu'ils n'étaient pas permis de son temps), et avant d'arriver aux n°s 276 et suivants, qui vont être copiés également dans les articles 1209, 1210, etc., nos rédacteurs ont évidemment voulu reproduire par notre art. 1208 ce que Pothier disait dans ses n°s 274 et 275.

Ces deux numéros de Pothier se réduisaient à cinq propositions : « 1° Le payement fait par l'un des codébiteurs libère tous les autres ; — 2° quand le codébiteur poursuivi par le créancier lui a opposé la compensation parce que le créancier se trouvait être aussi son débiteur pour une somme égale au montant de la créance (art. 1289), les codébiteurs sont également libérés par cette compensation comme par un payement effectif ; — 3° que si le créancier auquel l'un des débiteurs pouvait opposer la compensation a dirigé sa poursuite contre un autre débiteur, c'est un point très-délicat que celui de savoir si celui-ci, auquel le créancier ne doit rien, ne serait cependant pas en droit de lui opposer la compensation, non pas pour le tout, mais pour la part que le premier codébiteur, créancier du créancier, se trouve avoir dans la dette : le droit romain dit non, Domat dit oui ; mais en définitive, quoique l'affirmative soit très-douteuse, c'est cependant elle qu'on doit suivre dans la pratique pour éviter le circuit d'actions ; — 4° la remise que le créancier fait pour éteindre la dette en total, alors même qu'elle n'a été faite qu'à l'un des débiteurs, les libère tous ; — 5° si le créancier n'a consenti la remise que pour le débiteur à qui il l'a faite, les autres restent tenus, mais sous déduction de la part du premier, déduction qu'ils pourraient toujours invoquer quand même le créancier aurait dit qu'il entendait conserver sa créance entière contre eux. » (Puis vient une sixième décision que le Code reproduit, en la modifiant, dans l'art. 1215.)

Ainsi, les codébiteurs solidaires peuvent opposer aux créanciers, comme ayant opéré leur libération entière : 1° le payement fait par l'un d'eux ; 2° la compensation opposée par l'un d'eux sur la poursuite que le créancier avait dirigée contre lui ; 3° la remise que ce créancier aurait faite d'une manière pleine et absolue, quoiqu'il n'ait fait la convention de remise qu'avec l'un des débiteurs. Ils peuvent également lui opposer, mais seulement comme diminuant leur dette solidaire jusqu'à concurrence de la part de leur codébiteur, 1° la compensation que pourrait

opposer le codébiteur que le créancier ne poursuit pas, et 2° la remise que le créancier n'a consentie que pour le débiteur auquel il la faisait.

Voici, en résumé, les décisions que présentait Pothier, et que nos rédacteurs ont sans doute entendu consacrer et compléter par les principes plus larges écrits dans notre article. Malheureusement, en voulant généraliser les règles que le célèbre jurisconsulte précisait et détaillait pour quelques cas particuliers, ils sont tombés dans une formule tellement vague et si peu méthodique, qu'il serait fort difficile, sinon impossible, de saisir leur pensée, si l'on s'en tenait à leur texte.

613. L'article, qui donne d'abord le nom fort impropre d'*exceptions* aux moyens quelconques par lesquels les débiteurs peuvent repousser l'action du créancier, divise ces prétendues exceptions en trois catégories : il distingue 1° celles résultant de la nature de l'obligation, 2° celles personnelles à un débiteur, 3° celles communes à tous. Or, cette classification, malgré l'opinion de M. Demante (II, 567), qui pense que c'est avec raison que le Code l'a créée, nous paraît peu logique; car la première catégorie, ce nous semble, rentre nécessairement dans les deux autres. En effet, alors même que l'obligation se trouve nulle pour un vice radical qui l'affecte dans son essence même, par exemple pour erreur ou violence, il est clair que ce vice a existé ou en même temps pour chacun des débiteurs, en sorte que l'exception sera commune à tous, ou seulement pour un ou quelques-uns, en sorte que l'exception serait personnelle à ceux-ci. Que si l'on veut, avec M. Duranton (XI, 220, alin. 3), n'appeler *exceptions résultant de la nature de l'obligation* que celles tenant à un vice qui produit nécessairement son effet pour tous les débiteurs, comme le défaut de cause ou d'objet licites (quoique les vices d'erreur ou de violence tiennent tout autant que ceux-ci à la nature de l'obligation), il est clair que ces exceptions rentreront toutes dans la troisième classe, qu'elles seront toutes communes aux divers débiteurs.

Quoi qu'on fasse, il nous semble bien impossible, après qu'on aura distingué les exceptions qui sont personnelles à certains débiteurs et celles qui sont communes à tous, de trouver une troisième catégorie qu'on puisse ajouter à ces deux premières. Aussi M. Zachariæ (II, p. 268 et 269) n'admet-il que ces deux classes; et Toullier (VI, 737), qui paraît d'abord admettre les trois classes en reproduisant mot pour mot le texte de notre article (alin. 1 et 2), finit par supposer qu'il n'y en a que deux et que la première rentre dans la troisième, puisqu'il présente précisément comme exemple de cette dernière (alin. 3) le cas d'obligations *contraires aux lois ou aux bonnes mœurs*, ce qui devrait être bien évidemment une exception résultant de la nature de l'obligation.

II. — 614. Il ne peut donc exister que deux classes d'exceptions : les exceptions absolues, générales, *communes*; les exceptions relatives, particulières, *personnelles*.

Les premières comprennent 1° la non-existence ou la nullité de l'obligation totale pour défaut de cause ou cause illicite; défaut d'objet, objet illicite ou hors du commerce; 2° le payement effectué, soit directement, soit par son équivalent au moyen d'une dation en payement, d'une no-

vation, de la compensation opposée par le débiteur poursuivi; 3° la remise que le créancier aurait faite de la dette totale; 4° la prescription accomplie; 5° l'accomplissement d'une condition résolutoire ou l'accomplissement d'une condition suspensive portant sur l'obligation même, etc...

Les secondes résulteront de causes propres à tel codébiteur : 1° l'accomplissement de la condition suspensive stipulée par ce codébiteur seulement; 2° la remise que le créancier lui aurait faite de sa part; 3° le payement, la novation, la dation en payement que le créancier aurait acceptés de la part de ce codébiteur (art. 1211), et aussi la compensation que ce codébiteur pourrait opposer, tant qu'elle n'est pas opposée par lui-même sur des poursuites dirigées contre lui (1294, alin. 3); 4° le défaut de consentement pour erreur, violence, dol du créancier; 5° l'incapacité de ce codébiteur pour minorité, interdiction, etc...

III. — 615. Les diverses exceptions personnelles ne doivent pas être mises toutes sur la même ligne; et notre article a tort de ne pas exprimer clairement la distinction que le second alinéa semble indiquer entre les exceptions *personnelles* (*lato sensu*) et les exceptions *purement personnelles*.

Les exceptions purement personnelles sont celles qui sont exclusivement propres à l'un des codébiteurs, et que les autres ne peuvent nullement invoquer; les exceptions personnelles dans un sens moins rigoureux sont celles que l'un des obligés peut seul opposer pour le tout, mais que ses coobligés peuvent invoquer pour sa part de la dette, comme l'expliquait Pothier. Ainsi, lorsque l'une des quatre personnes qui se sont solidairement obligées pour une dette de 8 000 francs est mineure, elle seule pourra invoquer le bénéfice de sa minorité, et chacune des trois autres pourra être poursuivie pour la totalité des 8 000 francs : ce sera une exception purement personnelle. Mais si, les quatre personnes étant capables, il s'agissait de la remise que le créancier aurait faite de la dette à l'une d'elles en déclarant qu'il ne l'a faite qu'à elle, il est vrai que celle-ci pourra seule invoquer l'exception pour la dette entière, mais ses codébiteurs pourront l'opposer pour la part qu'elle devait supporter dans la dette et ne seront plus tenus solidairement que pour 6 000 francs. Le créancier, en effet, en supprimant la dette entière *relativement* à l'un des obligés, a par là même supprimé *absolument* et pour tous la part de cet obligé (Pothier, *loc. cit.;* analogie de l'art. 1010).

616. Mais quelle sera la ligne de démarcation entre les deux classes d'exceptions personnelles?... La loi ne s'en explique pas; mais il nous paraît résulter de la nature des choses, et des différents textes du Code, qu'on ne doit regarder comme purement personnelles que les exceptions qui tiennent *à la qualité du débiteur,* et qui ne tombent sur l'obligation que par contre-coup, pour ainsi dire, et par suite de cette qualité; telles sont l'incapacité de la personne vu sa qualité de mineur, d'interdit ou de femme mariée, et la cession de biens qu'elle serait autorisée à faire (art. 1068). D'un côté, en effet, c'est sans doute parce

que cette distinction était dans la pensée du législateur, qu'en face des exceptions purement personnelles dont parle notre deuxième alinéa, le premier fait une classe à part de toutes celles qui résultent *de la nature de l'obligation*. D'un autre côté, pour un des débiteurs solidaires, ses codébiteurs sont, quant à la part du premier dans la dette, comme de véritables cautions; or, l'art. 2036, en défendant aussi à la caution d'opposer les exceptions purement personnelles au débiteur principal, lui permet d'invoquer toutes celles qui sont *inhérentes à la dette*.

1209. — Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier.

617. Cette règle, copiée par les rédacteurs au n° 276 de Pothier, est loin d'être formulée d'une manière satisfaisante et complète.

Quand le débiteur d'un objet en devient aussi le créancier (soit par succession, soit autrement), ou que, réciproquement, le créancier en devient le débiteur, il est clair que la dette et la créance se trouvent éteintes; car on ne peut pas être créancier ou débiteur envers soi-même. Ainsi, quand mon oncle me devait 1 000 francs et que je deviens l'unique héritier de cet oncle, il est clair qu'il n'y a plus ni créancier ni dette; quand je devais tel cheval à un ami, et que je deviens légataire universel de cet ami, il est clair qu'il n'y a plus ni créancier ni débiteur; quand je m'étais obligé vis-à-vis de Pierre de lui bâtir une maison et que Pierre me vend ou me donne toutes ses créances, il est bien évident que l'obligation et ses conséquences disparaissent. C'est ce que l'art. 1300 exprime d'une manière plus générale que le nôtre, et par là même plus exacte, en disant que la confusion extinctive des deux droits (actif et passif) corrélatifs, s'opère toutes les fois que *les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne*. Il importe peu, en effet, par quelle cause s'est opérée la substitution légale du créancier au débiteur ou du débiteur au créancier.

Mais quand il s'agit d'une obligation liant solidairement plusieurs personnes et que les qualités qui viennent se réunir sur une même tête sont celles de créancier et de simple *codébiteur*, ce n'est plus pour le tout, mais seulement pour la part de ce codébiteur dans la dette, que s'éteignent cette dette et la créance; en sorte que le créancier qui se trouve substitué à l'un des quatre codébiteurs, ou celui des quatre codébiteurs qui devient créancier, peut toujours poursuivre chacun des trois autres, mais seulement pour les trois quarts du montant primitif de la dette.

On comprend facilement, au surplus, qu'il ne s'agit, comme nous le disons, que de la part que le *débiteur* avait dans la dette, et non pas, comme le dit l'article, de la part « du débiteur ou *du créancier*. » En effet, puisqu'il s'agit dans notre section d'obligations existant contre

plusieurs codébiteurs au profit d'un seul créancier, il est bien clair qu'il n'y a pas de *part du créancier*. Ce vice, qui prouve comme tant d'autres avec quelle inattention notre Code a été rédigé, se trouve remplacé par un autre dans l'art. 1300, où l'on dit que la réunion des deux qualités de créancier et de débiteur éteint *les deux créances;* il est clair qu'il fallait dire *les deux droits* actif et passif, *la créance et la dette*.

618. Un dernier reproche à faire à notre article, c'est de n'avoir prévu que les cas où le codébiteur se trouve substitué au créancier, ou le créancier au codébiteur, *pour le tout,* comme héritier *unique,* sans parler du cas non moins fréquent où l'un ne deviendrait que pour partie le représentant de l'autre. Mais ce cas ne peut pas présenter de difficulté; car il est évident que la confusion, quoique moins large, s'opérera toujours d'après les mêmes principes. Ainsi, que l'un de trois débiteurs solidaires meure laissant trois héritiers, dont l'un est le créancier, il y aura confusion pour un neuvième seulement; en sorte que ce créancier pourra demander huit neuvièmes à l'un ou à l'autre des deux autres débiteurs.

Par exemple, Pierre, Paul et Jacques sont débiteurs solidaires de 900 francs à mon profit; je deviens héritier de Jacques pour un tiers, avec Primus et Secundus. Je puis demander à Pierre 800 francs (sauf son recours contre Paul pour 300, contre Primus pour 100, et contre Secundus pour 100, ce qui fait 500; en sorte qu'il ne supportera que son tiers ou 300 fr.). Il en est de même à l'égard de Paul. — Quant à mes deux cohéritiers, chacun d'eux ne représentant, comme moi, le débiteur défunt que pour un tiers, je ne puis lui demander qu'un tiers ou 300 francs (sauf encore à celui qui a payé ces 300 fr. à recourir contre Pierre et Paul pour ce qui excède sa part contributoire, c'est-à-dire pour 200 fr. : 100 contre Pierre et 100 contre Paul).

1210. — Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.

619. Il ne s'agit pas ici de la remise ou décharge *de la dette* que le créancier ferait à l'un des débiteurs, remise dont nous avons parlé sous l'art. 1208, mais de la remise qu'il lui fait *de la solidarité* seulement. Ainsi Primus, Secundus et Tertius me doivent solidairement 12 000 fr., et je renonce vis-à-vis de ce dernier à le poursuivre pour plus de 4 000; en sorte qu'il reste toujours mon débiteur, mais pour sa part seulement, et non plus débiteur solidaire.

Mais, puisque le débiteur dont il s'agit dans notre article reste toujours tenu de sa part dans la dette, et que, par conséquent, il demeure là pour répondre, comme ses codébiteurs, au recours de celui qui pourrait se trouver forcé de payer la totalité, il n'y avait donc aucune raison, aucun prétexte de restreindre ici le droit de poursuite du créan-

cier contre les autres débiteurs; et M. Demante essaye en vain (t. II, n° 659) de justifier la disposition finale de notre article, disposition contraire à la doctrine de Pothier (n° 277). M. Demante dit que la loi a vu dans la division consentie par le créancier l'intention de retrancher de la dette solidaire la part du débiteur; mais si le créancier avait eu cette intention, il aurait opéré le retranchement, il aurait fait pour la part du codébiteur, non une simple remise de la solidarité, mais une remise de la dette même.

Cette disposition finale de notre article est si peu rationnelle que Delvincourt, M. Duranton (XI, 231) et M. Zachariæ (t. II, p. 271, note 36), ne pouvant croire que le Code ait voulu s'écarter ainsi sans motif de la doctrine de Pothier, enseignent que notre article n'entend parler que d'une division consentie au moyen d'un payement effectif que le débiteur fait de sa part, et non d'une renonciation pure et simple à la solidarité. Mais c'est là une erreur certaine et que la simple lecture des travaux préparatoires, si étrangement négligés, aurait évidemment prévenue.

620. En effet, la rédaction première de notre art. 1210 (portant alors le n° 112), rédaction dans laquelle on s'écartait encore davantage de la doctrine de Pothier, était celle-ci : « Le créancier perd toute action solidaire, *lorsqu'il consent à la division de la dette* vis-à-vis l'un des débiteurs; il en est de même *lorsqu'il reçoit divisément la part* de l'un des débiteurs, à moins que... » Après quoi venait un deuxième alinéa. Certes, il est bien clair que le premier cas, celui d'un créancier consentant à la division, ne s'entendait pas d'une division consentie moyennant le payement effectif d'une part du débiteur, puisqu'on ajoutait comme second cas distinct celui où le créancier reçoit divisément cette part... Lors de la communication officieuse au Tribunat, la distinction entre ces deux cas, et la vérité que nous voulons en faire ressortir ici, devint plus palpable encore. « La section, dit le procès-verbal, est d'avis que, dans les deux cas prévus par le § 1er, le créancier ne doit point perdre son action solidaire... Pour mieux coordonner les articles, la disposition de l'art. 112 (notre art. 1210) parlera d'un seul cas, celui où le créancier consent à la division de la dette. Quant à celui où le créancier reçoit divisément la part d'un des débiteurs, la disposition y relative sera placée dans l'art. 113 (aujourd'hui art. 1211). » (*Voy.* Fenet, t. XIII, p. 130 et 152.)

On voit, par le texte du Code, que les changements demandés par le Tribunat ont été opérés; et il reste démontré que, si M. Demante a le tort de vouloir justifier notre article, MM. Duranton, Zachariæ, etc., ont le tort plus grave d'en fausser le sens. Nous aurons à faire un reproche semblable à ces auteurs et à Toullier sous l'art. 1215.

Au reste, puisque notre article est évidemment contraire aux vrais principes et aussi à l'intérêt des débiteurs (puisqu'en rendant la remise de solidarité plus onéreuse pour le créancier qu'elle ne devrait l'être, on la rend par là même plus rare), il faudrait donc se bien garder d'étendre sa disposition au delà de ses termes, et il faut reconnaître que

le créancier conserverait son droit de poursuite pour le tout et sans déduction, s'il n'avait fait la remise de la solidarité qu'avec cette réserve expresse.

1211. — Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur.

Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part.*

Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part,* si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.

621. — L'article précédent nous a parlé de la remise de la solidarité accordée expressément; celui-ci s'occupe de la remise tacite, qui produit, ni plus ni moins, les mêmes effets.

La loi fait résulter cette remise tacite de deux circonstances. Elle a lieu, d'abord, quand le créancier reçoit de l'un des débiteurs une somme égale à sa portion dans la dette, et qu'il la reçoit en écrivant dans la quittance que c'est *pour la part* de ce débiteur, et sans faire d'ailleurs aucune réserve. Que si, tout en disant qu'il a reçu telle somme *pour la part* du débiteur, le créancier avait pourtant réservé sa solidarité, ne fût-ce que par ces termes généraux, « sans préjudice de mes droits, sans nuire en rien à mes droits, etc. », ces deux déclarations se neutralisant l'une l'autre, et la renonciation à la solidarité ne devant pas se présumer facilement, il n'y aurait pas remise de la solidarité (Pothier, n° 277, alin. 5, 6, 7). — La remise tacite a encore lieu lorsque, le créancier ayant poursuivi l'un des débiteurs pour sa part, il est intervenu ou un acquiescement de celui-ci, ou un jugement qui le condamne à payer cette part. Tant que l'acquiescement du débiteur n'est pas venu former le contrat, ou que le quasi-contrat judiciaire n'est pas résulté d'une sentence de condamnation, la demande faite par le créancier ne produit pas l'effet et peut être retirée par lui. On comprend également que la remise tacite serait non avenue si le contrat formé par l'acquiescement du débiteur venait à être annulé, ou si le jugement de condamnation venait à tomber, soit sur appel, soit par cassation, soit autrement.

1212. — Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le payement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs.

622. Le payement d'intérêts ou d'arrérages que le créancier a reconnu recevoir d'un des débiteurs *pour la part* de celui-ci, et sans faire de réserves, opère, d'après ce qui vient d'être dit, la remise de la solidarité ; mais il ne l'opère évidemment que pour les intérêts échus, que ce débiteur a été admis à payer pour sa part, et non pour les intérêts futurs, ni encore moins pour le capital. — Si cependant les payements ainsi faits par le débiteur, pour sa part et sans réserve du créancier, s'étaient continués dans cette même condition assez longtemps pour opérer la prescription (que le Code fixe pour ce cas à dix ans), la solidarité se trouvant ainsi prescrite pour le débiteur, le créancier ne pourrait plus l'invoquer contre lui, ni pour le capital, ni pour les intérêts à échoir.

Nous disons qu'il faut, pour l'application de cette règle, que le payement ait été reçu *pour la part* du débiteur, et sans réserve du créancier. Il est évident, en effet, que cet article doit s'expliquer par les précédents, et qu'il présente l'application du même principe. C'est ce que disait aussi Pothier (n° 279).

1213. — L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.

623. Le Code s'est occupé, dans les articles précédents, du droit de poursuite du créancier ; il va s'occuper de la part contributoire des débiteurs entre eux, c'est-à-dire de la portion pour laquelle chacun doit définitivement supporter la dette. La règle à cet égard, c'est que chacun n'étant tenu, absolument et en dehors de ses rapports avec le créancier, que de la fraction qui le concerne, c'est-à-dire en raison de son intérêt personnel dans la cause de l'obligation, et celui qui a payé au delà de cette fraction ne l'ayant fait que comme mandataire, il a pour l'excédant une action en recours contre les autres débiteurs, ses mandants, soit pour le capital, soit pour les intérêts (art. 2001).

On a quelquefois prétendu que ce recours ne serait pas possible s'il s'agissait de la dette solidaire née d'un délit (art. 55 C. pén.), parce qu'on ne doit pas être admis à argumenter de sa propre turpitude, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Mais d'abord, notre droit ne permet jamais à personne, et pas plus à un codébiteur solidairement obligé par suite de délit qu'à un autre, de s'enrichir aux dépens d'autrui ; et en outre, le débiteur qui a payé au delà de sa part n'argumente pas, pour réclamer l'excédant, du délit qu'il a commis, mais seulement du fait du payement qu'il a réalisé pour le compte de son codébiteur comme pour le sien ; et si le délit pour lequel ils ont été condamnés est un fait honteux, il n'en est pas de même assurément du payement des dommages-intérêts, de la réparation du délit, qui est un fait on ne peut plus moral et l'accomplissement d'un devoir.

1214. — Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux.

Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité, se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement.

624. Quoique le codébiteur qui a payé au delà de sa part soit subrogé de plein droit aux droits du créancier (art. 1251, 3°), et alors même qu'il aurait pris le soin de se faire subroger à lui par une convention expresse, il ne pourra cependant redemander à chacun de ses codébiteurs que la portion de celui-ci; car il n'a de recours contre ceux-ci que parce qu'il a fait leur affaire, et en tant qu'il a fait leur affaire : or, il n'a fait leur affaire que pour la part dont chacun était tenu. L'opinion contraire de Toullier (VII, 163), repoussée par notre texte et par les art. 875, 1213, 2033, est aussi en opposition avec la doctrine générale des auteurs (1).

La répartition entre tous les codébiteurs solvables des portions dues par ceux qui se trouveraient insolvables est la conséquence de l'association que la loi établit entre tous (2).

1215. — Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier.

625. Pothier enseignait (n° 275, *in fine*) que le créancier qui renonce à la solidarité pour l'un des débiteurs, le débarrassait par là même de la nécessité de subir sa part du déficit causé par l'insolvabilité d'autres codébiteurs et s'obligeait implicitement à payer la contribution à sa place, le cas échéant. Le Code, et avec raison selon nous, ne donne pas à cette renonciation du créancier un effet aussi étendu. Sans doute, le créancier est libre de prendre cet engagement envers le débiteur; et toutes les fois que son intention à cet égard résultera des termes de l'acte ou des circonstances, elle produira son effet; mais quand la renonciation à la solidarité aura lieu purement et simplement, c'est le débiteur qui restera tenu de contribuer.

---

(1) Pothier (n° 281); Delvincourt (t. II); Duranton (XI, 244); Zachariæ (II, p. 274).

(2) Le débiteur solidaire n'est pas, comme la caution, déchargé de son obligation par cela seul que la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en sa faveur : l'art. 2037 du Code Napoléon doit être restreint au cas de cautionnement. Cass., 13 janv. 1852, 18 fév. et 3 avr. 1861 (Dev., 52, I, 104; 61, I, 586 et 986; Dall., 52, I, 9; 61, I, 153 et 388); Troplong (*Cautionn.*, n° 563); Massé et Vergé (III, § 528, note 15); Aubry et Rau (III, § 298, note 56); Larombière (art. 1208, n° 4).

Les auteurs, à la vérité, ont nié cette règle, si explicite pourtant, de notre article; Delvincourt, Toullier (VI, 739), M. Duranton (XI, 224), M. Zachariæ (II, p. 271, note 37) (1), enseignent que c'est au créancier qui a fait remise de la solidarité à l'un des débiteurs de subir, pour la part afférente à celui-ci, la perte résultant des insolvabilités. Mais cette doctrine ne saurait se soutenir quand, en outre du texte si formel du Code, on lit ce passage, beaucoup plus formel encore, de l'Exposé des motifs : « Si le créancier divise la dette à l'égard des codébiteurs, on ne doit pas en conclure qu'il ait interverti les recours respectifs des codébiteurs entre eux. La division de la dette n'a pu être consentie ni acceptée que sauf le droit d'autrui; ainsi *le codébiteur,* déchargé de la solidarité envers le créancier, *a dû compter qu'il lui restait encore une obligation à remplir à l'égard de ses codébiteurs en cas d'insolvabilité de quelques-uns d'entre eux.* » (Fenet, t. XIII, p. 255.)

1216. — Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions.

626. L'obligation solidaire peut ne concerner que l'un des coobligés, et alors les autres ne sont par rapport à lui (mais non pas par rapport au créancier) que des cautions. Celui de ces débiteurs-cautions qui aurait payé la dette aurait donc son recours pour le tout contre le débiteur principal; mais il pourrait aussi, si ce dernier était insolvable, recourir contre les autres obligés (art. 2033, et 2032, 2°).

Mais, encore une fois, c'est seulement par rapport au débiteur que l'affaire concerne que les autres obligés ne sont que cautions. Lors donc que le créancier décharge de la solidarité l'un des coobligés, il n'y a pas à considérer, en principe, quelle peut être la part réelle de cet obligé dans la dette : en principe, tous, par rapport au créancier, sont tenus de parts égales, et les mots *par rapport à lui* ont été ajoutés après coup, « pour prévenir, a-t-on dit, toute espèce de doute, et pour faire comprendre que, par rapport au créancier, tous, sans aucune distinction, sont débiteurs principaux et obligés comme tels. » (Fenet, t. XIII, p. 156.)

Bien entendu, il en pourrait être autrement, par exception, s'il résultait des termes du contrat, ou des circonstances, que le créancier, connaissant la part plus forte ou moindre pour laquelle le débiteur au profit duquel il renonçait était réellement intéressé, c'est pour cette part réelle qu'il a entendu lui remettre la solidarité.

---

(1) *Adde :* Rodière (n° 138); Massé et Vergé (III, § 528, note 21); Aubry et Rau (III, § 298, p. 24); Larombière (art. 1215, n° 2).

SECTION V.

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

627. La matière des obligations divisibles et indivisibles a toujours passé, et avec raison, pour l'une des plus difficiles.

Le célèbre Dumoulin l'avait traitée longuement dans son *Extricatio labyrinthi dividui et individui;* et Pothier, qui reproduit les idées du grand jurisconsulte (en appelant indifféremment ces obligations *divisibles-indivisibles* ou *dividuelles-individuelles*), a été, ici comme dans presque tout son *Traité des obligations,* copié et résumé par le Code. Dumoulin et Pothier, il faut le dire, étaient fort obscurs dans plusieurs passages; et quoique leur obscurité ait tenu souvent à la nature même du sujet, elle provient aussi parfois de subtilités et même de contradictions (au moins apparentes), tenant moins à cette nature du sujet qu'à la multiplicité de détails inutiles ou d'exemples mal choisis qu'ils ont présentés. Cela étant, il semble que les interprètes du Code auraient dû faire abstraction, dans le travail de Dumoulin, de ces idées inintelligibles et inutiles tout ensemble, pour mieux saisir et préciser plus nettement celles de leurs explications qui donnent une parfaite intelligence des articles de notre section.

Malheureusement, nos interprètes ont fait tout le contraire... Découragés par les difficultés que présentent Dumoulin et Pothier, et prenant à la lettre dans le texte du Code une rédaction parfois peu exacte, ils en sont venus à trouver inintelligibles non-seulement les quelques détails dont nous avons parlé, mais même les règles fondamentales de la matière. Ainsi, Toullier (VI, 782) déclare franchement qu'il n'a pu parvenir à se faire une idée claire des obligations indivisibles et de leur nature, et il le prouve plus loin en avouant (n° 792) qu'il ne peut apercevoir aucune différence entre deux classes d'obligations que le Code présente cependant comme différentes. M. Duranton, sans l'avouer, est exactement dans le même cas, et, quoique parlant comme s'il comprenait très-bien les articles de notre section, il présente également comme rentrant l'une dans l'autre les deux classes d'obligations dont nous venons de parler (XI, 256).

Notre matière s'est donc trouvée, depuis le Code Napoléon, par l'effet de l'interprétation inexacte des auteurs, bien plus difficile encore qu'elle n'était auparavant. Nous avons l'espoir d'être parvenu, en retranchant les détails inutiles dont il a été question plus haut, à rendre faciles à comprendre les règles de notre section.

628. Dumoulin et Pothier distinguent trois espèces d'indivisibilité, ce qui ne donne cependant pas trois classes d'obligations indivisibles, mais deux seulement, attendu que la troisième espèce d'indivisibilité ne porte que sur la manière d'exécuter, et n'empêche pas l'obligation de rester divisible.

La première indivisibilité a lieu quand l'objet de l'obligation n'est susceptible d'aucune espèce de division, ni matérielle, ni intellectuelle.

La seconde se présente quand cet objet, quoique divisible en lui-même au moins intellectuellement, se trouve indivisible au point de vue sous lequel il a été considéré par les parties contractantes. Enfin, il y a encore l'indivisibilité *solutione tantùm*, qui a lieu quand l'objet ne peut être payé partiellement par les débiteurs, quoiqu'il reste complétement divisible et se divise en effet entre les créanciers, s'il y en a plusieurs.

Dumoulin et Pothier appellent la première indivisibilité *individuum* CONTRACTU et quelquefois NATURA, et ils qualifient la seconde *individuum* OBLIGATIONE. Le mot *contractu* nous paraît fort mal choisi pour le premier cas, puisque ce n'est pas alors la convention, mais la nature même de l'objet qui rend cet objet et par suite l'obligation indivisibles, et que d'ailleurs les mots « indivisible *contractu* » ne présentent pas une idée bien distincte des mots « indivisible *obligatione*. » D'un autre côté, cette seconde expression paraît elle-même bizarre; car comment comprendre *une obligation* indivisible par *l'obligation?...* Il serait, ce semble, plus satisfaisant, plus logique, plus vrai, de supprimer le mot *contractu* dans la première indivisibilité où il fait double emploi avec le mot *naturâ*, et de le substituer dans la seconde au mot *obligatione* qui disparaîtrait entièrement. On aurait ainsi : 1° l'*individuum naturâ*, indivisibilité (de l'obligation) résultant de la nature réelle de l'objet; 2° l'*individuum contractu*, indivisibilité (de l'obligation toujours) résultant de la volonté des parties, de la nature conventionnelle qu'ils ont donnée à l'objet; puis 3° l'*individuum solutione tantùm*, indivisibilité ne portant que sur l'exécution, et qui laisse à l'objet et à l'obligation leur nature divisible.

629. C'est, avons-nous dit, en retranchant à dessein des questions de détail inutiles (et aussi des exemples quelquefois mal choisis) que nous avons essayé (en ajoutant, bien entendu, d'autres moyens à celui-ci) de rendre plus intelligibles les obligations divisibles et indivisibles et les dispositions de notre section.

Ainsi, on trouve chez les auteurs de longues discussions sur le point de savoir si telle ou telle obligation particulière est indivisible *ipsâ naturâ*, ou si elle n'est indivisible que *obligatione* (c'est-à-dire *contractu*). Or, outre que cette question (qui contient celle de savoir si tel objet est ou n'est pas divisible intellectuellement, juridiquement) sera souvent un point de métaphysique la plus subtile, de nature à être résolue dans tel sens ou dans tel autre selon la tournure d'esprit de chacun, elle est d'ailleurs inutile à examiner, puisque les deux classes d'obligations indivisibles produisent les mêmes effets. Voici donc toute une série de questions à retrancher.

Et maintenant, quant au point de savoir si telle ou telle obligation est indivisible *contractu* ou ne présente, au contraire, qu'une simple indivisibilité de payement, il est vrai qu'il offre de l'utilité, puisque les effets sont différents de l'un à l'autre cas. Mais faudra-t-il pour cela en poursuivre l'examen pour chacune des hypothèses multipliées qui peuvent se présenter, ou ne devions-nous pas, au contraire, en exposant nettement les principes de la matière et les règles de démarcation in-

comprises par nos devanciers, laisser au juge du fait, dans chaque affaire particulière, le soin d'appliquer ces principes, et de rechercher dans les circonstances si l'intention des parties a été simplement d'exclure un payement partiel, ou si elles ont vraiment considéré l'objet comme indivisible? Le premier système, en supposant qu'il fût d'une grande utilité, était en tout cas impraticable pour nous, car son application nécessiterait ou un traité spécial ou un ouvrage présentant pour l'ensemble du Code une quarantaine de volumes.

Nous devons croire, au surplus, que les explications par nous données ont atteint notre but, puisque, en parlant de notre livre, un savant magistrat signale « les pages dans lesquelles, à l'aide d'une classification nettement tracée, l'auteur est parvenu à dissiper l'obscurité traditionnelle qui couvre la fameuse distinction des obligations divisibles et indivisibles. » (1)

630. On comprend, d'après ce qui a été dit plus haut, que c'est toujours dans l'objet de l'obligation qu'il faut rechercher s'il existe ou non une des trois espèces d'indivisibilité; que l'obligation est indivisible, soit quand son objet est tel par lui-même (*naturâ*), soit quand il a été considéré comme tel par les parties (*obligatione,* ou mieux *contractu*); et qu'il y a enfin l'indivisibilité, non plus de l'objet, ni par là même de l'obligation; mais de l'exécution seulement. Ainsi il y a deux classes d'obligations indivisibles; puis une classe d'obligations qui, bien que divisibles, ne peuvent cependant être exécutées par les débiteurs qu'indivisément.

Le Code nous présente l'obligation indivisible *naturâ,* par la nature réelle de l'objet, dans l'art. 1217.

Il reproduit l'obligation indivisible *obligatione* (ou plutôt *contractu*), c'est-à-dire par la qualité que la pensée des contractants a donnée à l'objet, dans l'art. 1218.

Puis, à l'art. 1221, dans le paragraphe *Des effets des obligations divisibles,* il parle de celles de ces obligations qui, toutes divisibles qu'elles sont, ne peuvent cependant être exécutées par parties : c'est l'indivisibilité *solutione.*

1217. — L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle.

631. Cet article a tort d'aller prendre, pour caractériser l'indivisibilité de l'obligation, la livraison de la chose ou l'exécution du fait qui constitue l'objet de cette obligation, et de ne se reporter ainsi qu'à *l'exécution de l'obligation,* car cette manière de parler peut conduire à confondre ce cas avec la simple indivisibilité *solutione.* Il fallait dire que l'obligation est indivisible quand son objet est absolument insus-

(1) M. Lagrange (le *Droit* du 2 juill. 1846).

ceptible de division; c'est, du reste, ce que le Code a voulu dire (Pothier, n° 291).

Il faut, pour que l'obligation soit indivisible dans le sens de notre article, *naturâ,* que son objet ne soit susceptible d'être divisé sans destruction ni matériellement, ni intellectuellement. Par exemple, un cheval ne peut, il est vrai, être divisé matériellement entre plusieurs personnes, mais il peut très-bien se diviser entre elles intellectuellement, juridiquement : je puis très-bien avoir la moitié ou le tiers de la propriété d'un cheval, et je puis vendre, donner, léguer, etc., cette moitié ou ce tiers; si donc des parts matérielles sont ici impossibles, des parts juridiques ne le sont pas, et l'obligation de livrer un cheval reste une obligation divisible. Ainsi, quand je dois un cheval à Pierre et à Paul, je puis très-bien exécuter mon obligation vis-à-vis de Pierre en lui donnant la moitié de la propriété du cheval.

Au contraire, si je me suis obligé à faire un voyage à Lyon, je ne pourrai pas procurer la moitié de ma dette; car l'esprit ne conçoit pas la division de ce voyage : l'objet est ici indivisible juridiquement aussi bien que physiquement, et l'obligation est indivisible *naturâ.*

1218. — L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

SOMMAIRE.

I. Différence entre l'obligation *indivisible* dont parle cet article et l'obligation *divisible* dont l'exécution seulement est indivisible *à parte debitorum.* Erreur de Toullier et de M. Duranton.
II. Exemples de l'une et de l'autre obligation.
III. La distinction en divisibles et indivisibles existe pour les obligations de faire ou de ne pas faire comme pour les autres. Réponse à M. Molitor.

I. — 632. Il s'agit ici de l'obligation que Dumoulin et Pothier appelaient indivisible *obligatione;* et ici encore, le Code a tort de la caractériser par cette circonstance que le rapport sous lequel son objet est considéré la rend insusceptible *d'exécution partielle.* C'est conduire tout droit à la confusion de l'indivisibilité *obligatione* avec la simple indivisibilité *solutione tantùm,* de l'obligation *indivisible* de la seconde espèce avec l'obligation *divisible* dont l'exécution seulement ne peut pas se faire partiellement. C'est mettre en contradiction notre art. 1218, qui déclare que l'obligation dont il parle est INDIVISIBLE, avec les art. 1220 et 1221, qui déclarent que dans certains cas, et notamment s'il résulte *de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat* que l'intention des contractants a été que la dette ne pût *s'acquitter partiellement,* un seul débiteur pourra être poursuivi pour le tout *par exception au principe* des obligations DIVISIBLES (art. 1220, *in fine,* et 1221, alin. 1 et 5).

Il fallait dire : « Quand le rapport sous lequel l'objet est considéré rend cet objet, et par suite l'obligation, insusceptible, non pas seulement *d'exécution partielle,* mais bien *de division...* » On voit, en lisant

le n° 792 de Toullier et le n° 256 de M. Duranton, que c'est surtout pour n'avoir pas remarqué ce vice de rédaction et pour s'être arrêtés aux mots « *exécution* partielle » que ces auteurs sont tombés dans la confusion déjà relevée plus haut.

Un double exemple suffira pour faire éviter cette confusion.

II. — 633. Vous m'avez promis un cheval de cabriolet. Votre obligation est certainement divisible; car un cheval, comme on l'a dit plus haut, est parfaitement susceptible de parties juridiques, de division intellectuelle, et rien ne permet de dire que nous l'ayons considéré dans notre contrat comme n'étant pas susceptible de cette division qu'il comporte. Mais il résulte et de la chose même qui a fait l'objet de notre contrat, et de la fin que je me suis proposée en contractant avec vous, que notre dette ne pourrait pas s'acquitter partiellement. Il n'y a donc ni indivisibilité *naturâ* (art. 1217), ni indivisibilité *obligatione* (art. 1218); mais il y a indivisibilité *solutione* (art. 1221, 5°) : la dette n'est pas *indivisible,* insusceptible de *division dans son objet,* mais elle est insusceptible *d'exécution partielle;* et si vous mourez laissant deux héritiers, l'un ne pourra pas s'acquitter en me donnant la moitié de la propriété d'un cheval pour que l'autre vienne ensuite me donner une autre moitié de propriété d'un cheval : celui des deux auquel je m'adresse est tenu de me livrer un cheval en entier. Mais, encore une fois, ce n'est pas là, dans la théorie du Code, une obligation indivisible. Elle est si peu indivisible qu'elle se divise, au contraire, de plein droit, entre les héritiers du créancier. Que je meure laissant deux héritiers, chacun d'eux ne sera créancier que pour la moitié d'un cheval, et ne pourra demander, soit à vous, si vous vivez encore, soit à l'un de vos héritiers, que cette moitié. Ainsi, la dette, quoique divisible, ne peut pas, à la vérité, s'acquitter partiellement, et l'un des débiteurs n'en peut pas payer sa part; mais elle reste toujours divisible, et chacun des créanciers n'en peut exiger que sa part. C'est ce qu'expliquait clairement Pothier (*passim,* et notamment n° 314), et ce que consacre aussi le Code; puisque, après avoir dit, dans l'art. 1220, que « *les héritiers du créancier ne peuvent demander la dette divisible,* et que les héritiers du débiteur ne sont tenus de la payer *que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le créancier* ou le débiteur », il ajoute dans l'art. 1221 que « *ce principe reçoit exception,* dans le cas qui nous occupe et dans quelques autres, mais seulement *à l'égard des héritiers du débiteur.* »

634. Il en est autrement quand l'objet de l'obligation, au lieu de présenter seulement ce caractère de ne pouvoir être payé partiellement par les débiteurs, se trouve vraiment indivisible, sinon par lui-même, au moins dans l'intention des parties. Ainsi, je veux établir une usine pour la construction de laquelle j'ai besoin de l'arpent de terrain que vous possédez à côté de ma propriété, et vous vous obligez à me livrer cet arpent de terrain avec les trois quarts duquel je ne pourrais rien faire, parce qu'il est indispensable tout entier à ma construction. Votre obligation est alors indivisible, parce que son objet est indivisible, non

pas en lui-même (car une pièce de terre peut se fractionner, même en parties matérielles), mais dans notre pensée commune, parce que ce terrain est nécessaire dans son ensemble au but que je me suis proposé, et me deviendrait complétement inutile si je n'en avais pas la totalité. Il suit de là que, non-seulement je pourrai, si vous mourez laissant plusieurs héritiers, refuser la part que chacun de ceux-ci voudrait me donner dans la pièce de terre, mais que chacun de mes héritiers pourra aussi, si je meurs moi-même, refuser de recevoir, soit de vos héritiers, soit de vous-même, une partie du terrain : le tout pourra être demandé et contre chacun des débiteurs et par chacun des créanciers.

Il ne faut donc pas confondre l'obligation qui est vraiment indivisible (soit par la nature réelle de son objet, soit par la qualité et pour ainsi dire par *la nature conventionnelle* que les parties ont attribuée à cet objet) avec l'obligation dont l'objet n'est affecté d'indivisibilité que quant à l'exécution à faire par les débiteurs, et qui reste d'ailleurs divisible (1).

III. — 635. Pothier (n° 289) rapporte que plusieurs docteurs regardaient comme étant nécessairement et toujours indivisibles les obligations consistant *in faciendo* ou *in non faciendo*. Il combat cette doctrine, comme l'avait fait Dumoulin, et fait voir que les obligations de faire ou de ne pas faire peuvent, comme les autres, être tantôt indivisibles et tantôt divisibles. Notre article et le précédent prouvent suffisamment cette vérité, puisqu'ils appliquent la distinction aux obligations qui ont pour objet un fait, aussi bien qu'à celles dont l'objet est une chose à donner ou à livrer.

Et, en effet, si je me suis obligé à voiturer votre récolte de vos champs à votre grange, et que je cesse d'exécuter mon engagement après avoir déjà engrangé la moitié de votre moisson, il est évident que j'aurai rempli une partie de mon obligation, et que, par conséquent, cette obligation, quoiqu'elle consistât *in faciendo,* était parfaitement divisible. De même, si vous vous êtes obligé envers moi à ne pas défricher vos 50 hectares de bois afin que je puisse y chasser, et que vous en mettiez 10 hectares en labour, votre obligation est respectée pour partie et violée pour partie ; elle était donc divisible, quoique consistant *in non faciendo.*

635 *bis.* M. Molitor, dans son *Cours de droit romain approfondi* (t. I, p. 351), combat cette solution. Après avoir critiqué l'explication de Pothier (dont l'exemple nous paraît, en effet, mal choisi), il ajoute : « Marcadé, un des auteurs qui ont le mieux expliqué cette partie du Code, partage l'erreur de Pothier. Mais, comme s'il eût senti ce qu'il y a de faux dans l'exemple cité par ce jurisconsulte, il se prévaut d'une autre hypothèse, pour en conclure à son tour qu'il y a des obligations *in non faciendo* qui sont divisibles... Nous nions la conséquence... Le

(1) *Voy.* Cass., 7 avr. 1858, 17 déc. 1859 (Dev., 58, I, 663 ; 60, I, 524 ; Dall., 58, I, 253 ; 60, I, 28). *Voy.* aussi Cass., 23 juin 1851, 27 avr. 1864 (Dev., 51, I, 603 ; 64, I, 399 ; Dall., 51, I, 165 ; 64, I, 433).

promettant qui, dans l'hypothèse de Marcadé, aurait enfreint l'obligation en défrichant, ne fût-ce qu'une faible partie, serait censé ne l'avoir pas exécutée du tout. »

Cette idée de l'honorable et si regrettable professeur (1) ne nous paraît pas exacte. Sans doute l'hypothèse de Pothier était mal choisie; sans doute on ne peut pas dire que celui qui a pris l'obligation *de ne point inquiéter le possesseur d'un héritage* n'y contrevient que pour partie, parce qu'il ne revendique qu'une partie du bien; car du moment que vous m'inquiétez, que vous me troublez dans ma possession, vous violez complétement votre obligation de ne pas me troubler : du moment qu'il y a trouble, qu'il soit plus ou moins grand, il y a contravention totale à la promesse de ne pas troubler. Mais si une telle obligation est nécessairement indivisible, il n'en est pas de même de toute obligation consistant *in non faciendo.* Si l'on ne conçoit pas l'inexécution partielle de votre obligation de ne pas m'inquiéter, c'est qu'il n'y a pas de milieu possible entre m'inquiéter et ne pas m'inquiéter; mais il y en a, au contraire, un fort large entre ne pas défricher *vos 50 hectares de bois* et ne défricher *rien* de ces 50 hectares. Dans le premier cas, par cela seul que vous m'attaquez, sur quelque point que ce soit, mon but est complétement manqué, puisque mon contrat n'avait précisément pour objet que de m'éviter un procès et que ce procès existe; dans le second cas, au contraire, le défrichement partiel ne fera nullement disparaître le droit de chasse que j'ai entendu me procurer, mais l'amoindrira quelque peu seulement (et il se pourrait même, à raison du peu d'étendue et de la position peu importante de la partie défrichée, que l'amoindrissement fût presque insignifiant). Il est donc vrai que l'on conçoit alors une inexécution partielle (qui peut être très-minime, comme elle peut être considérable), que l'esprit comprend alors du plus ou du moins dans l'inexécution, et que dès lors l'obligation de ne pas faire peut quelquefois être divisible, comme l'ont dit Dumoulin et Pothier, comme l'admettent nos art. 1217 et 1218, auxquels M. Molitor fait à tort ici le procès (n[os] 262 et 263).

1219. — La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.

636. Nous avons déjà vu que l'obligation solidaire n'est pas pour cela indivisible, et qu'elle se divise, au contraire, de plein droit entre les héritiers soit de l'un des créanciers, soit de l'un des débiteurs. Réciproquement, l'indivisibilité n'emporte pas la solidarité, quoi qu'en ait dit un étrange arrêt de la Cour de cassation dont nous parlerons sous l'article 1225; et on n'appliquerait pas à l'obligation indivisible les règles portées par la section précédente pour les obligations solidaires.

---

(1) On sait que M. Molitor, professeur distingué à l'Université de Gand, a été enlevé prématurément à la science par le choléra en 1849.

§ 1er. — Des effets de l'obligation divisible.

1220. — L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur.

637. Les obligations ne se distinguent en divisibles et indivisibles que pour des créanciers ou des débiteurs multiples; car tant qu'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, l'obligation, si divisible qu'elle puisse être, doit toujours recevoir une exécution simple et intégrale, sans être jamais susceptible de payements partiels; en sorte qu'elle a le même effet que si elle était indivisible. C'est donc seulement à la mort d'un débiteur ou d'un créancier laissant plusieurs représentants que l'obligation existant originairement entre un seul créancier et un seul débiteur peut se diviser, si elle en est susceptible.

Mais il en serait autrement, bien entendu, et il ne serait pas nécessaire d'attendre la mort d'une des parties pour appliquer les principes de la divisibilité, si l'obligation se formait immédiatement pour plusieurs créanciers ou contre plusieurs débiteurs, ou encore, si le créancier unique vendait sa créance à plusieurs personnes. Si le Code, après Pothier, n'a parlé que du cas d'héritiers multiples succédant au débiteur ou au créancier, c'est parce que ce cas est le plus fréquent; mais la règle s'applique évidemment toutes les fois qu'il y a, peu importe par quelle cause, pluralité de créanciers ou de débiteurs.

638. Remarquons que, par la mort d'une partie, le droit se divise entre ses héritiers, non en parts viriles, c'est-à-dire en autant de parts égales qu'il y a d'héritiers, mais bien en proportion de la part pour laquelle chacun de ces héritiers représente le défunt. Si donc ce défunt laisse deux héritiers dont l'un le représente pour deux tiers et l'autre pour un tiers seulement, le premier se trouvera créancier ou débiteur pour les deux tiers, et le second pour le dernier tiers.

On voit que le principe de la division des dettes et créances entre les héritiers peut transformer immédiatement une dette considérable en une foule de dettes minimes: Pierre doit 5 000 francs à Paul; si celui-ci meurt laissant cinq héritiers, il y aura cinq créances de 1 000 francs chacune; et si Pierre meurt à son tour laissant un même nombre de représentants, chacun de ces derniers ne devra plus que le cinquième à chacun des autres, en sorte que la dette originaire de 5 000 francs sera changée en vingt-cinq dettes de 200 francs chacune (1).

(1) Le débiteur d'une succession, poursuivi par tous les cohéritiers agissant collectivement, peut se prévaloir de toutes les exceptions propres à faire repousser la demande non-seulement dans son ensemble, mais encore pour chaque part individuellement dévolue à chaque cohéritier, et notamment il peut opposer la compensa-

Quand nous disons qu'il y a alors un grand nombre de dettes et de créances, c'est une expression que nous employons pour faire mieux sentir l'effet de la division, mais qu'il ne faudrait pas prendre à la lettre; car, à parler proprement et rigoureusement, il n'y a pas là plusieurs dettes, mais *une dette* divisée en plusieurs parties, et qui n'est payable par portions que parce qu'elle l'est par plusieurs personnes ou à plusieurs personnes. Si donc, après la mort d'un créancier qui a laissé cinq héritiers, quatre de ces héritiers venaient à mourir et avaient leur cohéritier pour successeur, celui-ci redevenant ainsi créancier unique de la dette unique, le débiteur n'aurait pas le droit de le payer en cinq fractions, puisque cette dette unique a cessé d'être payable à plusieurs, et que *cessante causâ, cessat effectus*. Il en serait de même, réciproquement, si l'un des cohéritiers du débiteur devenait l'héritier de ses divers cohéritiers. Bien entendu, nous supposons une acceptation pure et simple des successions; puisque, s'il y avait acceptation bénéficiaire, les parties de dette ou de créance resteraient divisées, l'une faisant partie du patrimoine du cohéritier acceptant, les autres continuant d'appartenir aux patrimoines des cohéritiers défunts. — Telle était aussi la doctrine de Dumoulin et de Pothier (n° 318).

639. Nous avons établi au titre *Des Successions* (art. 883, n° IV) que la division légale de notre article n'est que provisoire quant aux créances, et disparaît pour elles devant le résultat du partage de la succession. C'est seulement pour les dettes que cette division légale produit un effet définitif.

1221. — Le principe établi dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur,

1° Dans le cas où la dette est hypothécaire;

2° Lorsqu'elle est d'un corps certain;

3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible;

4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation;

5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

Dans les trois premiers cas, l'héritier qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué à la dette, peut être poursuivi pour le tout sur la chose due ou sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette, et

---

tion à l'un des cohéritiers, jusqu'à concurrence de sa part dans la créance réclamée, avec les sommes que ce cohéritier lui doit personnellement. Cass., 23 fév. 1864 (Dev., 64, I, 398; Dall., 64, I, 477).

dans le cinquième cas, chaque héritier, peut aussi être poursuivi pour le tout; sauf son recours contre ses cohéritiers.

SOMMAIRE.

I. C'est ici l'indivisibilité *solutione tantùm*, qui n'empêche pas l'obligation de rester divisible.

II. L'exception présentée par l'article pour cinq cas n'existe que dans trois. Développements.

III. Changement apporté aux anciens principes quant au droit de poursuite du créancier. L'un des héritiers de ce créancier ne pourrait pas poursuivre pour le tout. Erreur déjà signalée de Toullier et de M. Duranton.

I. — 640. Le principe que les obligations divisibles se fractionnent, de plein droit, entre les divers héritiers du créancier ou du débiteur, reçoit exception, mais seulement quant aux héritiers *du débiteur*, dans certains cas énumérés par notre article.

Les cas de cette exception vont nous présenter l'indivisibilité *solutione*, dont nous avons parlé plus haut, c'est-à-dire les cas dans lesquels l'obligation, quoique divisible et se divisant entre les créanciers, s'ils sont plusieurs (ce qui la distingue toujours de l'obligation indivisible, même *obligatione* seulement), ne peut cependant pas être acquittée partiellement par les débiteurs.

Nous allons voir, au surplus, que, des cinq cas indiqués par l'article comme faisant exception au principe de la division, trois seulement présentent cette exception.

II. — 641. 1° La loi nous indique d'abord le cas d'une dette hypothécaire, et nous dit (dernier alinéa) que celui des héritiers du débiteur qui se trouve avoir l'immeuble hypothéqué, pourra être poursuivi pour le tout sur cet immeuble. Cette idée, que les rédacteurs ont prise dans Pothier comme tout le reste (n° 300), et qui se concevait peut-être comme observation dans un livre de doctrine, est ici complétement déplacée, attendu que ce cas ne constitue nullement une exception au principe de l'article précédent. — Ce principe, en effet, est que, par la mort du débiteur, ses héritiers ne se trouvent débiteurs et contraignables à sa place que chacun pour sa part. Or, la circonstance que l'un des héritiers se trouve détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette ne change rien à ce principe; car cet héritier n'est toujours tenu et ne peut être poursuivi, comme héritier et débiteur personnel, que pour sa part héréditaire, ce qui est l'application parfaite du principe : que s'il peut être poursuivi pour le tout hypothécairement, c'est par l'effet d'une règle qui n'a aucun rapport avec celle-ci. On sait, en effet, que dans le cas d'hypothèque il y a deux débiteurs : d'un côté la personne obligée, l'immeuble de l'autre; en sorte que le créancier peut poursuivre l'immeuble chez tous ses détenteurs, ou, en d'autres termes, poursuivre tous les détenteurs de cet immeuble, alors même que ces détenteurs ne seraient pas héritiers du débiteur et seraient complétement étrangers à la dette. Si donc l'héritier détenteur est poursuivi pour le tout, ce n'est nullement par exception au principe de la division de la dette entre lui

et ses cohéritiers : car 1° un étranger qui serait le détenteur, serait poursuivi comme lui ; 2° cet héritier peut, comme le pourrait l'étranger, échapper à la poursuite pour le tout, en cessant de posséder l'immeuble débiteur ; 3° en tant que représentant le défunt, il ne peut être poursuivi que pour sa part, et le principe de la division s'applique aussi pleinement à lui qu'aux autres. — Encore une fois, ce n'est pas contre l'*héritier* que la dette est alors poursuivie pour le tout, c'est contre l'*immeuble;* et le principe auquel on prétend indiquer une exception reste parfaitement intact.

2° Notre article indique comme seconde exception, et celle-ci est vraie, le cas où la dette a pour objet un corps certain, une chose déterminée *in ipso individuo;* et il nous dit (dernier alinéa) que si l'un des héritiers se trouve seul possesseur de cette chose (parce que le partage de la succession l'a mise à son lot), on peut la lui demander entière, sans qu'il puisse offrir une part correspondant à celle pour laquelle il est héritier. Il y a donc vraiment exception alors au principe que chaque héritier n'est tenu de payer la dette que pour sa part héréditaire. Et cette exception est bien naturelle, car il est tout simple d'aller demander la chose due à celui des codébiteurs qui la possède. — Il importe peu, au surplus, que le corps certain doive être livré par l'effet d'une vente, d'une donation, d'un échange, ou qu'il s'agisse d'une chose déposée ou prêtée à usage par le créancier, et dont on aurait à faire une simple restitution. Toute chose à rendre par suite de dépôt ou de prêt à usage est nécessairement un corps certain (art. 1293, n° III) ; et on ne comprend pas, dès lors, pourquoi Pothier présentait comme faisant deux exceptions au principe (n°s 302 et 303) des cas qui ne sont que l'application d'une seule et même règle.

3° Le Code présente en troisième lieu, comme faisant exception au principe que chaque héritier, dans les dettes divisibles, n'est tenu au payement que pour sa part, le cas d'une dette alternative de choses dont l'une est indivisible, et dont le choix appartient au créancier. C'est là un contre-sens que les rédacteurs n'ont formulé que parce qu'ils n'ont pas compris le passage de Pothier qu'ils ont cru reproduire. Que le créancier d'une dette alternative, dans laquelle le choix lui appartient, conserve ce choix après que son débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, c'est tout simple ; et il est tout simple, par conséquent, que, si l'un des objets de l'alternative est indivisible, il puisse demander cet objet indivisible. Mais il est bien évident que si le payement pour partie devient alors impossible, c'est parce que l'objet choisi est indivisible, et la dette, dès lors, indivisible également ; or, puisque la dette est *indivisible,* ce n'est donc pas là une exception au principe du payement par parties dans les dettes *divisibles.* — Aussi n'est-ce pas là ce que disait Pothier. Il parlait tout simplement (n° 312) d'une dette alternative ordinaire, sans autre observation, ce qui suppose, contrairement à la pensée de nos rédacteurs, que les différents objets de cette dette sont divisibles, et que le choix en appartient au débiteur (art. 1190). Et en effet, il donnait pour exemple le cas où le défunt était débiteur *de telle*

maison ou d'une somme de 1000 *livres*. Ceci posé, Pothier disait que, le défunt laissant deux héritiers, chacun d'eux ne pourrait pas prétendre que, devant la moitié de ce que devait son auteur, il peut payer à son choix ou la moitié de l'une, ou la moitié de l'autre, ce qui pourrait amener le créancier à être forcé de recevoir la moitié d'un objet et la moitié d'un autre, et que c'est aux héritiers de s'entendre entre eux pour donner au créancier l'un des objets en entier.

4° La quatrième exception que présente notre article, et qui ne sera en réalité que la seconde, a lieu quand il a été dit, dans le titre constitutif de l'obligation, que tel des héritiers l'exécuterait seul en entier. Alors, cet héritier peut être poursuivi par le créancier pour le tout; sauf, bien entendu, comme dans le cas ci-dessus, son recours contre ses cohéritiers (alin. dern.). — Il pourrait se faire cependant qu'il en fût autrement, et que l'un des héritiers fût reconnu, soit par une clause expresse, soit d'après les circonstances, être seul chargé pour le tout, non-seulement de payer la dette, mais aussi de la supporter définitivement; mais ceci ne pourrait être fait que par un testament. Cette idée, et celles qui s'y rattachent, ont été expliquées sous l'art. 1122, page 372 (1).

5° La dernière exception que notre article présente à la règle des payements partiels par les héritiers du débiteur est plus large et plus compréhensive que les précédentes. Elle a lieu toutes les fois qu'il est reconnu que l'intention des contractants a été, non pas de rendre l'obligation indivisible (ce qui serait l'application de l'art. 1218, et produirait effet aussi bien entre les héritiers du créancier qu'entre les héritiers du débiteur), mais seulement d'enlever aux héritiers du débiteur la faculté de se libérer par parties. Cette intention peut résulter, soit d'une clause expresse de l'acte (clause qui différerait de celle prévue au cas précédent, en ce que dans celle-ci un seul des héritiers était spécialement désigné pour faire le payement, et pouvait seul être poursuivi pour le tout, tandis qu'ici le droit du créancier de poursuivre pour le tout aurait été stipulé en général, sans désigner tel ou tel des héritiers, et pourrait s'exercer contre tous), soit de la nature même du contrat (par exemple, pour le bail que vous me consentez de votre maison ou de votre ferme), soit de la nature de l'objet (ainsi, « cela se présume facilement, dit Pothier, lorsque la chose est susceptible, à la vérité, de parties intellectuelles, mais ne peut être divisée en parties réelles »), soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat (par exemple, si j'ai emprunté mille écus en déclarant que c'est pour tirer telle personne de prison) (*voy.* Pothier, n° 315).

III. — 642. Dans les trois cas d'exception (*trois* et non pas *cinq*, puisqu'on a vu que le 1° et le 3° doivent être retranchés) prévus par notre article, le Code déclare que tantôt l'un des héritiers (dans les deux

(1) Le titre par lequel l'exécution d'une obligation est mise à la charge d'un héritier à l'exclusion des autres peut être une simple convention; il n'est pas nécessaire que ce soit un partage d'ascendant ou un testament. Douai, 2 fév. 1850 (Dev., 51, II, 182). *Conf.* Larombière (art. 1221, n° 21); Aubry et Rau (III, § 301, note 32).

premiers, cas 2° et 4°), et tantôt chacun de tous ces héritiers (dans le troisième, 5°), est tenu de payer le tout, et peut dès lors *être poursuivi pour le tout* par le créancier. C'est un changement apporté aux anciens principes.

Dumoulin et Pothier, suivant trop scrupuleusement la subtilité de la loi romaine, disaient que ces cas ne présentant d'indivisibilité que *solutione tantùm,* quant au payement seulement, et parce que l'héritier, *quand il vient pour payer,* se trouve ne pouvoir le faire pour partie; que l'obligation restant divisible et l'héritier poursuivi n'étant au fond débiteur que de sa part, il s'ensuivait qu'il ne pouvait *être poursuivi* pour le total, et que la *demande* que le créancier lui ferait de payer ce total ne serait pas valable (Pothier, n° 316). Le Code a rejeté cette idée ; et l'héritier se trouvant alors tenu *de payer* le tout, il lui a paru tout simple d'autoriser le créancier à le poursuivre pour le tout.

Mais si l'un des héritiers du débiteur peut alors être poursuivi pour le total, il ne faudrait pas croire pour cela que l'un des héritiers du créancier pût aussi poursuivre pour ce total. Il n'en est ainsi que quand l'obligation est indivisible (art. 1224); et notre article, comme nous l'avons déjà fait remarquer, n'apporte d'exception aux effets ordinaires de l'obligation divisible qu'*à l'égard des héritiers* DU DÉBITEUR (alin. 1). Il est donc bien entendu que les héritiers du créancier ne peuvent demander ici l'objet dû, et se le faire payer, que chacun pour sa part, et qu'ils ne pourraient poursuivre pour le tout qu'en se réunissant pour intenter leur action en commun. Nous insistons sur cette idée, parce qu'elle montre la différence entre la simple indivisibilité *solutione* de notre art. 1221 et l'indivisibilité *obligatione* de l'art. 1218, que Toullier (VI, 792) et M. Duranton (XI, 256) ont cru n'être qu'une seule et même chose.

§ 2. — Des effets de l'obligation indivisible.

1222. — Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement.

1223. — Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation.

643. Du moment que la dette est indivisible, soit réellement, soit conventionnellement, *naturâ* (art. 1217) ou *obligatione* (art. 1218), chacun des débiteurs doit évidemment le tout, comme aussi chacun des créanciers peut exiger le tout, ainsi que va le dire le premier alinéa de l'article suivant. Mais la dette n'est pas pour cela solidaire.

1224. — Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible.

Il ne peut seul faire la remise de la totalité de la dette; il ne peut recevoir seul le prix au lieu de la chose. Si l'un des héritiers a seul

remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix.

644. Si, dans l'obligation indivisible, chacun des débiteurs (soit débiteurs primitifs, soit représentants d'un débiteur unique) doit la chose entière, et si chacun des créanciers peut exiger cette chose entière, ce n'est pas, comme dans l'obligation solidaire, par une qualité inhérente à la personne, qui serait vraiment créancière ou débitrice *in totum* et *totaliter*, mais seulement par la qualité (réelle ou conventionnelle) de la chose, laquelle (par suite de la nature qu'elle a réellement ou que le contrat lui a donnée) n'est pas susceptible de parties.

De ce principe que chacun est ici, par la nature des choses, créancier ou débiteur *in totum*, mais n'est pas personnellement créancier ou débiteur *totaliter*, il découle plusieurs conséquences importantes.

Ainsi, d'abord, alors même qu'on reconnaissait à un des cocréanciers solidaires le droit de libérer pleinement le débiteur en lui faisant remise de la dette (Pothier, n° 263), on n'admettait pas ce droit pour l'un des créanciers de la chose indivisible (Pothier, n° 327), parce qu'il n'est pas personnellement maître de la créance, et que s'il peut se faire payer le tout, c'est uniquement à cause de la nature de la chose due. Par la même raison, l'un des créanciers n'est pas le maître d'éteindre la créance en la transformant en une autre, et de libérer le débiteur en recevant le prix de l'objet dû à la place de cet objet lui-même. — Mais réciproquement, comme le débiteur, vis-à-vis de plusieurs créanciers, ne doit tout à chacun d'eux que par suite de l'impossibilité de diviser la chose en plusieurs parties, et non pas personnellement et *totaliter*, il s'ensuit que la remise faite par un des créanciers ou la réception par lui consentie du prix de la chose ne sera pas sans effet, et la dette en subira un retranchement. Il est bien vrai que le débiteur sera toujours tenu de livrer l'objet entier, puisque cet objet ne peut pas être livré autrement qu'entier; mais il ne le livrera qu'en se faisant tenir compte de la valeur de la portion de celui qui a fait la remise ou qui a reçu le prix.

1225. — L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers.

SOMMAIRE.

I. Droits différents, selon les cas, du codébiteur assigné seul pour la totalité.
II. Des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. Erreur d'un arrêt de la Cour de cassation.
III. De la perte de l'objet indivisible. De l'interruption et de la suspension de la prescription.

I. — **645.** Chacun des héritiers du débiteur, ou chacun des débi-

teurs originaires, étant débiteur de l'objet indivisible pour le tout, il peut donc être assigné seul pour ce tout, et il ne pourrait pas contraindre le créancier à appeler en cause ses codébiteurs; mais comme il ne doit cependant pas la dette *totaliter* à lui seul, il a le droit d'exiger un délai pour mettre ses cohéritiers en cause (Pothier, 330 et 331).

Il n'en est ainsi, au surplus, que quand la dette n'est pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné. Ainsi, quand elle peut être acquittée par chacun séparément (par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage que le débiteur défunt se serait engagé de faire avoir à quelqu'un sur l'héritage d'un tiers), notre règle s'applique, et l'héritier assigné peut appeler ses cohéritiers en cause avant de répondre au créancier. Il en est de même, et à plus forte raison, si la dette ne peut être acquittée que par tous les cohéritiers ensemble (par exemple, si le droit de passage qui a été promis sur un immeuble du défunt doit traverser cet immeuble dans chacune des parties appartenant aujourd'hui à chacun des héritiers séparément).

Mais si la dette était de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné (si le passage ne doit se faire que sur un immeuble compris en entier dans son lot), cet héritier peut alors être condamné sans aucun délai, sauf à lui à se faire indemniser par ses cohéritiers chacun pour sa part (à moins, bien entendu, qu'il n'ait été chargé par le partage même d'acquitter seul cette dette).

II. — 646. Quand le codébiteur assigné a mis en cause ses codébiteurs, et que, par le refus d'exécuter, la dette se convertit en dette de dommages-intérêts, comme ces dommages-intérêts sont divisibles, et que c'était seulement par l'impossibilité de diviser l'odjet dû que chaque débiteur devait le tout, cette dette de dommages-intérêts se divisera entre tous les débiteurs, et chacun n'en sera tenu que pour sa part. C'est là une des différences entre l'obligation indivisible et l'obligation solidaire; car, dans cette dernière, les dommages-intérêts, dans lesquels l'objet primitivement dû se transforme par l'inexécution de l'engagement, sont dus en entier par chacun des codébiteurs. Sans doute, ces codébiteurs ne devraient pas les dommages-intérêts qui viendraient *s'ajouter* à l'obligation première, parce qu'ils n'ont pas donné mandat *ad augendam obligationem;* mais ils doivent, et chacun pour le tout, ceux qui ne sont que la représentation de l'objet dû, parce qu'il y a entre eux mandat réciproque *ad perpetuandam obligationem*. Dans l'obligation indivisible, au contraire, chaque débiteur est bien tenu *in totum,* mais il n'y est pas tenu aussi énergiquement et avec les mêmes conséquences; il n'y est pas tenu *totaliter :* il n'y est tenu qu'en tant que l'objet se trouve ne pouvoir pas être divisé. En sorte que, du moment où l'objet primitivement dû et qui était indivisible se trouve remplacé par un objet différent et divisible, chaque débiteur ne doit plus que sa part. C'est pour cela que Dumoulin disait : *Longè aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuam* (p. 3, n° 112). La chambre des requêtes est donc tombée dans une grave erreur quand, pour rejeter un pourvoi fondé sur une violation évidente

de l'art. 1202, elle a jugé « qu'une obligation indivisible de sa nature est toujours solidaire, quoique la solidarité n'ait pas été stipulée. (1) » Le *Journal du Palais* a raison de dire qu'on doit s'étonner *d'une semblable hérésie*.

647. Quand le débiteur assigné, pouvant appeler ses codébiteurs, ne l'a pas fait, il peut être condamné seul et pour le tout aux dommages-intérêts (car il s'y est alors soumis volontairement et s'en trouve tenu *proprio facto*); sauf son recours, bien entendu.

Quand l'assigné pouvait seul exécuter et qu'il n'exécute pas, il peut bien encore, pour les dommages-intérêts auxquels il est condamné, recourir contre ses codébiteurs (si la dette n'a pas été mise en entier à sa charge par le partage); mais son recours, au lieu de se faire alors pour la part de chacun dans le montant de la condamnation, ne pourra s'exercer que pour la part de chacun dans le préjudice que le débiteur assigné aurait subi en exécutant : les débiteurs ne doivent pas souffrir du mauvais vouloir de leur coobligé.

Enfin, quand la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les obligés ensemble, et que l'un ou plusieurs refusent, ceux-ci doivent seuls payer les dommages-intérêts, ceux qui consentent à l'exécution ne pouvant pas être soumis à ces dommages-intérêts par le caprice de leur coobligé (Pothier, n° 334).

III. — 648. A l'impossible nul n'est tenu, et quand l'obligation indivisible ne peut plus être exécutée, soit par la destruction de l'objet, soit pour toute autre cause, cette obligation est éteinte (art. 1302); sauf le droit du créancier à des dommages-intérêts, si c'est par la faute ou le fait de l'un ou de plusieurs des débiteurs que l'obligation ne peut plus s'exécuter. Les dommages-intérêts, dans ce cas, ne sont dus que par l'auteur de la faute ou du fait, et nullement par ses coobligés, puisque les différents codébiteurs ne sont pas ici les représentants l'un de l'autre, comme dans l'obligation solidaire.

L'objet de l'obligation indivisible n'étant pas susceptible de parties, et personne n'en pouvant être, dès lors, créancier ou débiteur pour partie, il s'ensuit que, quand la prescription d'une telle dette est interrompue par l'un des créanciers ou contre l'un des débiteurs, elle l'est nécessairement pour le tout et pour tous les créanciers ou contre tous les débiteurs (art. 2249, alin. 2) : il en est de même, évidemment, du cas de suspension (art. 709 et 710).

SECTION VI.

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSES PÉNALES.

1226. — La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.

---

(1) Sir., 25, I, 225. — *J. Pal.*, 19, p. 32 (Dev., 8, I, 2).

649. On appelle clause pénale la convention accessoire qui détermine à l'avance les dommages-intérêts que le débiteur devra payer, soit pour le défaut d'exécution de l'obligation principale, soit pour le simple retard apporté à cette exécution; cette clause est appelée *pénale,* parce que les dommages-intérêts sont en effet la peine imposée pour le défaut d'exécution ou pour l'exécution tardive (art. 1229). — Il fallait donc ajouter à ces mots de notre article, « en cas d'inexécution », ceux-ci, « ou du retard dans l'exécution. » (1)

1227. — La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale.

650. *Accessorium sequitur principale.* Quand la convention principale est nulle, il est bien clair que la convention accessoire est nulle également; quand la convention principale ne doit pas être exécutée, il est bien évident qu'il n'y a pas lieu à des dommages-intérêts pour le défaut ou le retard d'une exécution qui n'est pas due. Ainsi, quand Pierre a promis de commettre tel délit, et qu'il s'est en outre soumis à payer 500 francs s'il ne le commettait pas, on comprend pafaitement que la seconde convention est entachée de la même nullité que la première, et que Pierre ne pourra pas être obligé de payer les 500 francs parce qu'il se sera abstenu d'accomplir un fait dont il était de son devoir de s'abstenir (2).

Il n'est pas moins évident que la nullité de la convention accessoire ne saurait faire tomber la convention principale quand celle-ci est valable. Ainsi, quand vous vous êtes obligé à me construire une maison avant un an, et que vous promettez ensuite de ne pas user de droits électoraux aux élections prochaines si vous ne remplissez pas votre engagement, il va sans dire que la nullité de cette promesse secondaire ne saurait vicier la promesse principale.

Du reste, nous avons déjà fait comprendre, sous l'art. 1121, que la première règle de notre article ne s'applique pas au cas où l'obligation principale ne serait nulle que par suite de l'absence d'un intérêt que la clause pénale a précisément pour but de déterminer. Ainsi, quand je m'oblige vis-à-vis de vous à payer à Paul une rente viagère de 500 fr. et que je vous promets en outre de vous payer 6000 francs si je n'exécute pas cet engagement, alors c'est la clause pénale qui vient valider l'obligation principale, qui eût été nulle sans elle. Notre article, comme nous l'avons dit déjà, n'entend parler que de la convention prin-

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Clause pénale).

(2) La nullité d'une société de commerce pour défaut de publication de l'acte de société entraîne la nullité de la clause pénale par laquelle les associés s'étaient interdit, sous peine de dommages-intérêts déterminés, la faculté de faire partie d'aucune autre association de même nature. Cass., 4 janv. 1853 (Dev., 53, I, 111; Dall., 53, I, 5).

cipale qui reste nulle après l'adjonction de la clause accessoire comme elle l'était avant.

1228. — Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

651. En règle générale, le créancier, qui se fait faire une promesse secondaire pour le cas où l'on ne remplirait pas la promesse principale, entend bien rester le maître d'exiger toujours l'accomplissement de la première convention. Mais il en serait autrement, et notre article ne s'appliquerait plus, s'il était reconnu que l'intention commune des contractants a été de faire une novation conditionnelle, c'est-à-dire de convenir que la première obligation, si elle n'était pas accomplie dans le temps indiqué, se trouverait éteinte et remplacée par la seconde. Il est évident que le créancier, dans ce cas, ne pourrait réclamer contre le débiteur, en demeure de remplir la première convention, que l'exécution de la convention subsidiaire (1).

1229. — La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.

652. On ne pensera pas toujours à expliquer catégoriquement si c'est pour le défaut d'exécution de l'obligation principale, ou pour le simple retard apporté à cette exécution, que la peine est stipulée. Ce sera là une question d'intention à décider d'après les circonstances, et qui se résoudra presque toujours par la seule comparaison de l'importance de la peine avec l'importance de l'objet principal.

Quelquefois aussi, ce sera cette importance de l'objet promis à titre de peine qui fera comprendre quel a été, dans l'intention des parties, l'objet principal. Ainsi, quand nous faisons une transaction sur des biens d'une valeur de 200 000 francs et que nous convenons que celui qui n'exécuterait pas et intenterait un procès payera une somme de 1 200 francs, il est bien clair que cette peine de 1 200 francs n'est pas stipulée pour remplacer les biens que le procès pouvait faire perdre, et que quand même je gagnerais le procès que vous m'intentez, vous me devez les 1 200 francs par le seul fait de l'action que vous dirigez contre moi : le principal était ici la tranquillité que je voulais conserver et que vous êtes venu troubler (2).

1230. — Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Clause pénale, n° 17).
(2) *Voy.* Cass., 27 juin 1855 (Dev., 56, I, 42; Dall., 56, I, 318).

contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure.

653. La clause pénale n'étant rien autre chose que la fixation faite à l'avance des dommages-intérêts, il faut donc appliquer ici ce qui a été dit dans la section IV pour la mise en demeure, qui fait devoir ces dommages-intérêts (1).

1231. — La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

654. Quand l'obligation principale se trouve accomplie pour partie, le juge doit considérer en fait, à défaut d'explication précise sur ce point, si la peine, dans l'intention des parties, est due en entier pour cela seul que la convention n'est pas exécutée complétement, ou si elle ne doit être payée que pour partie et en proportion de ce qui manque au complément de l'exécution. Ainsi, quand vous m'avez promis une somme pour le cas où la maison que vous entreprenez pour moi ne serait pas construite à telle époque, vous me devrez la somme entière alors même que la construction, à l'époque indiquée, serait construite à moitié ou aux deux tiers; car je ne puis tirer aucun profit d'une maison qui n'est pas terminée. Que si, au contraire, il s'agit d'une pièce de terre que vous deviez labourer pour moi, il est tout naturel qu'on ne vous condamne qu'à me payer la moitié de la somme promise, si la moitié de la pièce de terre est labourée pour l'époque convenue (2).

1232. — Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine.

655. Cet article suppose tout naturellement, ce qui a lieu en effet le plus souvent, que la clause pénale a pour objet une somme d'argent. Cette idée une fois admise, on conçoit facilement que quand cette clause

---

(1) Jugé que la mise en demeure pour faire courir la peine n'est pas nécessaire lorsque la partie obligée a renoncé expressément à exécuter la convention. Cass., 28 fév. 1865 (Dev., 65, I, 108; *J. Pal.*, 65, 246).

(2) L'art. 1231 est inapplicable au cas où la peine a été stipulée pour le simple retard dans l'exécution. Cass., 4 juin 1860 (Dev., 60, I, 653; Dall., 60, I, 257). — Il en est de même lorsque les parties ont elles-mêmes déterminé d'avance les bases de la réduction de l'indemnité dans la prévision d'une exécution partielle. Pau, 10 janv. 1861 (Dev., 61, II, 181; Dall., 61, II, 33). Voy. *Dict. not.* (v° Clause pénale, n°s 24 et suiv.).

pénale est due par tous les coobligés à une même dette, elle se divise également entre eux. Mais comment, même dans une dette indivisible, est-elle due par tous, pour la contravention d'un seul; par exemple, parce que l'un d'eux aura détruit par sa faute ou son fait l'objet de l'obligation? N'est-ce pas là une contradiction à ce qui a été dit sous l'article 1225, n° II, pour les dommages-intérêts?... Cette règle, copiée comme toutes les autres dans Pothier (n° 355), qui l'avait lui-même prise dans Dumoulin, provenait, dans leur esprit, d'un principe analogue à celui de l'art. 1207, à savoir, que les dommages-intérêts, quand ils sont ainsi stipulés à l'avance, constituent vraiment une obligation spéciale contractée sous la condition de l'inexécution de l'obligation principale; en sorte que c'est là, contre les divers codébiteurs, la demande en exécution d'une obligation qui se trouve avoir été contractée par tous *ab origine*. Quant à celui des débiteurs qui a commis la contravention, comme il doit en définitive supporter seul le montant de la peine et qu'il devrait indemniser ses codébiteurs des parts que ceux-ci auraient pu payer, il était tout simple d'accorder au créancier le droit de le poursuivre pour la totalité.

656. Il va sans dire, au surplus, que la règle de notre article s'applique aussi bien dans le cas de plusieurs codébiteurs originaires de la dette indivisible que dans le cas de plusieurs héritiers d'un débiteur unique.

1233. — Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée.

Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le payement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours.

657. Le premier alinéa est tout simple. Lorsque l'objet dû, parfaitement divisible, peut être presté par partie, et que, des divers débiteurs dont chacun n'en a que sa part à payer, l'un exécute et l'autre refuse, il est tout simple que les dommages ne soient dus qu'en proportion de la partie non exécutée de l'obligation; que, dès lors, ils soient dus par le contrevenant seulement et pour sa part seulement.

Mais si, l'obligation restant divisible parce que son objet est divisible, il y a cependant indivisibilité *quoad solutionem*, c'est-à-dire convention expresse ou tacite que l'objet ne pourra pas être payé partiellement (soit que cette indivisibilité *solutionis* résulte précisément de l'adjonction de la clause pénale, comme le suppose notre article, soit qu'elle résulte de l'une des causes indiquées par l'art. 1221); dans ce

cas, le payement ne pouvant pas se faire par partie et toute inexécution étant nécessairement une inexécution totale, il était conséquent d'appliquer à cette indivisibilité du payement la peine portée par l'article précédent pour l'indivisibilité de l'obligation elle-même. C'est ce que fait notre deuxième alinéa.

Que si, dans le cas d'une obligation complétement divisible, même *quoad solutionem,* l'un des débiteurs y a contrevenu pour le tout à lui seul (cas non prévu par notre premier alinéa, qui suppose une contravention partielle seulement), quelle règle appliquera-t-on?

658. Pothier (n° 361), qui pose et traite cette question en reproduisant Dumoulin, décide qu'on devra suivre alors la règle posée pour le cas d'indivisibilité. Mais il est à remarquer que Pothier ne décide ainsi la question que sur un exemple, et que cet exemple, donné comme hypothèse d'une obligation divisible même *solutione,* est précisément celui d'une obligation *indivisible* sous ce rapport (car cet exemple est celui d'un bail à ferme, que Pothier, au n° 315, a présenté avec raison comme un cas d'indivisibilité *solutione*). Si donc la dette était vraiment divisible, même *quoad solutionem,* on devrait décider autrement.

Ainsi, Pierre a promis à Paul les dix pièces de vin qu'il avait dans sa cave et s'est obligé à lui payer 6000 francs en cas d'inexécution; il meurt, laissant deux héritiers dont l'un répand tout le vin, ou le vend et le livre à un tiers... Il nous paraît que Paul ne pourra rien demander au second héritier, qui se trouve libéré par la perte du vin ou sa mise hors du commerce quant à lui (art. 1301), et qu'il ne pourra agir que contre le premier en lui demandant d'abord 3000 francs pour sa moitié dans la clause pénale, puis les autres 3000 francs à titre de dommages-intérêts ordinaires, en vertu de l'art. 1388.

659. Pothier donne un peu plus loin (n° 364), à une autre question, une solution beaucoup plus satisfaisante et qu'on ne saurait manquer d'adopter sous le Code.

Il enseigne que, même dans l'obligation indivisible, s'il y a contravention envers l'un des *créanciers* (ou l'un des héritiers du créancier unique), la peine, nonobstant l'indivisibilité du principal, ne serait due que pour celui envers qui on contrevient et pour sa part.

Il dit en substance que « quand vous vous êtes obligé à me laisser passer dans votre parc sous une peine de douze livres, et qu'après ma mort vous laissez passer trois de mes héritiers en refusant le passage au quatrième, la peine ne sera due qu'à ce dernier et pour son quart, puisque lui seul souffre de votre contravention. C'est ce que disait déjà le jurisconsulte Paul (loi 2, *in fine, De verb. oblig.*); et si Ulpien décidait autrement (loi 3, § 1), c'était d'après une subtilité qui ne saurait être suivie dans notre droit français. » (1)

---

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Clause pénale, n° 42).

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

1234. — Les obligations s'éteignent,
Par le payement,
Par la novation,
Par la remise volontaire,
Par la compensation,
Par la confusion,
Par la perte de la chose,
Par la nullité ou la rescision,
Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent,
Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier.

SOMMAIRE.

I. Modes généraux d'extinction des obligations. — On peut en compter dix.
II. Critique et observations sur la doctrine de Toullier et de M. Duranton.

I. — 660. Le Code nous indique ici neuf causes d'extinction des obligations, dont les sept premières vont être l'objet d'autant de sections composant notre chapitre V; la huitième, la condition résolutoire, a été expliquée au chapitre précédent (art. 1138-1188); la neuvième et dernière, la prescription, fait l'objet, on le sait déjà, du dernier titre du Code (art. 2219 et suiv.).

661. Ces neuf modes d'extinction indiqués par le texte sont :

1° *Le payement*. Il faut bien observer que ce mot n'est pas pris ici dans le sens qu'on lui donne ordinairement dans le monde, et pour signifier seulement la prestation d'une somme d'argent; il signifie la *solutio obligationis,* le dénoûment du *vinculum* par l'accomplissement de ce à quoi on était tenu : en d'autres termes, l'exécution de l'obligation. Ainsi, selon que mon obligation avait pour objet, ou une somme d'argent, ou un cheval, ou une maison à bâtir, ou un voyage à faire, la livraison de l'argent, la tradition du cheval, la construction de la maison ou la réalisation du voyage, constitueraient le *payement* de mon obligation. L'art. 1237 prouve que les rédacteurs ont bien employé le mot *payement* dans ce sens large, et non pas dans le sens plus restreint de prestation d'une somme, puisqu'il présente comme cas de payement l'acquittement d'une obligation de faire.

2° *La novation,* c'est-à-dire le remplacement d'une obligation par une obligation nouvelle : ainsi, quand nous convenons que vous me donnerez une somme d'argent à la place du cheval que vous me deviez, l'obligation de livrer le cheval s'éteint pour faire place à celle de payer la somme convenue.

3° *La remise de la dette.* On pourrait dire, à la rigueur, qu'il y a

remise de dette toutes les fois que le créancier affranchit son débiteur de l'exécution de l'obligation ; en sorte que le cas de novation que nous venons d'indiquer serait aussi un cas de remise de la dette, puisqu'au moyen de l'obligation nouvelle de payer une somme l'obligation de livrer un cheval a été remise ; mais ce n'est pas dans ce sens que se prend l'expression de *remise de dette :* on ne l'entend que du cas où le créancier affranchit le débiteur sans qu'il y ait, de la part de celui-ci, ni payement, ni soumission à une obligation nouvelle. On pourrait donc distinguer la *remise par novation* et la *remise simple,* mais on ne le fait pas, et l'usage est de ne donner qu'à cette dernière le nom de *remise de la dette.* Du reste, cette remise proprement dite peut se faire ou à titre gratuit ou à titre onéreux. Ainsi, je puis vous libérer de votre dette de 500 francs sans obtenir aucun équivalent et pour vous en faire le cadeau ; que si, au contraire, nous convenons de nous tenir quittes réciproquement de l'obligation où vous étiez de me construire une maison, et de mon obligation corrélative de vous payer 30 000 francs, cette convention présente deux remises de dette qui sont l'une et l'autre à titre onéreux.

4° *La compensation.* C'est la neutralisation de deux obligations qui s'éteignent l'une par l'autre, parce que le créancier de l'une se trouve être le débiteur de l'autre, et réciproquement.

5° *La confusion.* C'est la réunion sur une même personne des deux qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation.

6° *La perte de la chose.* A l'impossible nul n'est tenu ; et il est bien clair dès lors que, si l'objet déterminé que je devais vous procurer vient à périr, je ne puis plus être dans l'obligation de vous le livrer. Mais, évidemment, ce n'est pas seulement dans le cas d'une chose à livrer et qui vient à périr que l'impossibilité de l'exécution se présente ; si je devais faire pour vous un voyage dans tel mois, et que pendant tout ce mois je sois retenu au lit par la maladie, il est clair que je ne suis plus tenu. Il fallait donc dire ici que l'obligation s'éteint, non pas seulement *par la perte de la chose,* mais plus généralement *par tout événement rendant l'exécution impossible.* On s'étonne que ni Toullier ni M. Duranton n'aient fait cette remarque.

7° *La nullité ou la rescision.* Il faut faire ici deux observations importantes. La première, c'est que le Code n'entend pas parler ici de la nullité en elle-même, mais seulement de la nullité prononcée par la justice, du jugement qui déclare la nullité. La seconde, c'est qu'il n'est pas question de la nullité proprement dite, du jugement qui reconnaît et proclame que l'obligation est radicalement nulle et n'a jamais eu d'existence légale, mais de la simple rescision ou annulation, c'est-à-dire du jugement qui brise l'obligation en la reconnaissant entachée d'un vice qui permet de l'annuler. Il est clair, en effet, que si l'obligation est reconnue avoir toujours été nulle, non existante, il ne peut pas être question de son extinction ; car, pour s'éteindre, pour cesser d'être, il faut nécessairement avoir existé : le néant ne peut pas s'anéantir. Il s'agit donc uniquement du jugement prononçant l'annu-

lation d'une obligation qui, bien que vicieuse, existait néanmoins, et qui aurait continué d'exister et serait même devenue pleinement valide, si elle n'avait pas été attaquée dans le délai et sous les conditions voulues par la loi (*voy.* art. 1304 et suiv.). D'après ce qui précède, on voit que l'auteur des *Pandectes françaises* est tombé dans une grave erreur, quand il reproche à notre article de présenter comme cause d'extinction la nullité radicale : « La nullité, dit-il, n'est pas un mode d'extinction. La convention nulle n'existe point; et ce qui n'existe pas ne peut s'éteindre... Le jugement même n'éteint point l'obligation, il la déclare nulle, c'est-à-dire non existante (n° 184). » Comment M. Delaporte n'a-t-il pas vu que le Code, ici comme presque partout, entend par *nullité* la simple *annulation;* que la section VII de notre chapitre, qui traite *de l'action en nullité ou en rescision des conventions,* ne s'occupe que des conventions vicieuses, annulables, et nullement des conventions absolument nulles, non existantes, comme seraient celles d'un fou?... C'est ainsi qu'au titre *Du Mariage,* le chap. IV, *Des Demandes en nullité,* ne s'occupe que des mariages annulables, et nullement de ceux qui seraient radicalement nuls et sans existence légale.

8° *L'effet de la condition résolutoire.* Il est bien évident qu'il s'agit seulement de la condition résolutoire qui s'accomplit avant l'exécution des obligations; car, pour celle qui ne se réaliserait que quand les obligations seraient déjà exécutées, il est bien clair qu'elle ne pourrait pas éteindre des obligations qui n'existent plus et qui sont antérieurement éteintes par le payement. L'effet de la condition résolutoire ne pourrait être alors, au contraire, que de faire naître des obligations, loin d'en éteindre : il pourrait faire naître des obligations contraires et réciproques à celles que l'on a exécutées. Ainsi, par exemple, quand nous convenons que je vous livrerai ma bibliothèque dans six mois et que vous me la payerez 10 000 francs, mais que le contrat sera non avenu si mon frère, sur le retour duquel on ne compte plus, finissait cependant par revenir; dans ce cas, le retour de mon frère éteindra bien les deux obligations s'il a lieu avant les six mois; mais s'il n'a lieu que plus tard, après que je vous ai livré la bibliothèque et reçu de vous les 10 000 francs, il ne pourra pas éteindre des obligations qui n'existent plus, mais, au contraire, il fera naître contre moi l'obligation de vous remettre vos 10 000 francs, et pour vous celle de me rendre la bibliothèque.

9° *La prescription.* La prescription, qui est, comme on l'a vu précédemment (art. 712), un des modes d'acquisition de la propriété ou de ses démembrements, est aussi l'un des modes d'extinction des obligations; en sorte que l'on distingue la prescription à l'effet d'acquérir ou usucapion (*usu-capere,* acquérir par l'usage, par la possession) et la prescription à l'effet de se libérer (art. 2219). Mais ce neuvième mode d'extinction, pas plus que le septième (la nullité de l'obligation), n'opère jamais de plein droit : la prescription ne produit son effet et n'éteint l'obligation que quand elle est formellement invoquée par le débiteur.

— Les auteurs ont eu le tort de ne pas faire cette observation (1) ; et ce silence, qui semble présenter la prescription comme éteignant la dette de plein droit, par le seul fait de l'échéance du temps requis, a provoqué, de la part de M. Zachariæ, la critique de notre article : « La prescription, dit-il, n'éteint pas non plus l'obligation ; c'est à tort que l'article 1234 range la prescription au nombre des modes d'extinction des obligations : l'obligation prescrite n'en subsiste pas moins, tant que la prescription n'a pas été opposée. » (II, p. 350 et note.) Il est, en effet, certain que l'obligation subsiste malgré la prescription accomplie ; car, si le débiteur qui a prescrit paye néanmoins, il est clair qu'il ne serait pas reçu à venir réclamer ensuite ce qu'il aurait ainsi payé : or, s'il ne peut pas le répéter, c'est donc qu'il le devait, puisque ce qui est payé sans être dû peut toujours être répété (art. 1235). La remarque de M. Zachariæ est donc exacte. Mais ne suffit-il pas ici d'expliquer le texte, et le reproche qu'on adresse au Code ne doit-il pas retomber uniquement sur ses interprètes, qui ont eu le tort de ne pas indiquer qu'il s'agit, non pas de la prescription *accomplie* seulement, mais de la prescription accomplie *et opposée par le débiteur ?*

662. Aux neuf modes d'extinction indiqués par notre article, il faut ajouter 10° l'expiration du délai pour lequel l'obligation a été imposée.

En outre de ces dix modes généraux, il est une foule d'autres causes d'extinctions particulières à telle ou telle espèce d'obligation. Ainsi, l'obligation pour un tuteur d'administrer la personne et les biens de son pupille cesse non-seulement par la mort de l'un ou de l'autre, mais aussi par la majorité ou l'émancipation de celui-ci, par la destitution ou l'excuse de celui-là ; mon obligation d'exercer le mandat dont je me suis chargé finira non-seulement par mon décès ou par le vôtre, mais encore par ma renonciation ou par la révocation que vous prononcerez de la mission que vous m'avez confiée, etc. Mais, encore une fois, ce sont là des causes d'extinction tout à fait *spéciales,* et dont la loi, par conséquent, n'avait pas à s'occuper dans un titre consacré aux principes *généraux* des obligations ; elle devait en réserver l'indication, comme elle l'a fait, pour les titres particuliers à chaque matière.

II. — 663. Quant aux modes généraux d'extinction, nous n'en voyons pas d'autres que ceux qui viennent d'être indiqués. Il est vrai que Toullier (VII, n° 2, 8°) ajoute *la prestation du serment déféré au débiteur,* et M. Duranton (XII, 3) *l'autorité de la chose jugée ;* mais il y a là une inexactitude profonde.

En droit, le serment déféré au débiteur et prêté par lui, bien loin d'*éteindre* la dette, vient *prouver* ou que cette dette n'a jamais existé ou qu'elle n'existe plus. En effet, le serment qu'un soi-disant créancier, dénué de preuves à l'appui de sa prétention, défère à son débiteur pré-

---

(1) Toullier (VII, 3) ; Delvincourt (t. II) ; Duranton (XII, 2) ; Demante (*Prog.*, II, 687).

tendu, n'est jamais offert à un adversaire qui se reconnaît débiteur (car s'il se reconnaissait tel, il serait immédiatement condamné); il l'est à celui qui nie la dette, et sur la question de savoir s'il est bien vrai, comme il le dit, que la dette n'existe pas : le demandeur déclare accepter comme vrai le serment du défendeur, et celui-ci jure qu'il ne doit rien; il est donc légalement reconnu que la prétendue dette n'existait pas. Sans doute, il se peut, et il n'arrive que trop souvent, que le serment du défendeur soit faux, et qu'*en fait* la dette existe; mais *en droit* et *légalement,* il n'y a pas de dette, et l'obligation est reconnue ne pas exister; comment donc venir dire qu'il y a là une *extinction légale* de l'obligation? comment parlez-vous d'éteindre légalement ce qui légalement n'existe pas?... Il en est de même du jugement. Lorsqu'un tribunal, jugeant entre deux parties dont l'une se dit créancière et l'autre prétend ne rien devoir, finit par croire et déclarer que *la dette n'existait pas,* il est clair qu'on ne peut pas parler de l'extinction de cette dette! sans doute, *en fait,* les juges ont pu se tromper; mais *en droit* il n'en est pas ainsi : toute sentence passée en force de chose jugée est une proposition émanée d'une autorité légalement infaillible : *res judicata veritas est.*

664. Que des gens du monde, étrangers aux théories légales, dont l'esprit ne perçoit que les faits, et chez qui rien n'est venu développer le sens juridique, aient vu là des extinctions d'obligation, cela se conçoit; mais que des jurisconsultes, des maîtres de la science, puissent méconnaître à ce point les principes les plus élémentaires, les idées les plus fondamentales, c'est un fait aussi étrange qu'il est malheureux... Insistons ici (ne fût-ce que pour exercer les jeunes adeptes de la science à juger par eux-mêmes et les empêcher de jurer sur la parole du maître), insistons sur le raisonnement que M. Duranton présente à l'appui de sa doctrine, et qui est aussi la base implicite de celle de Toullier.

Ce raisonnement revient à ceci : « En réalité, il y avait dette; or, par l'effet du jugement souverain, il n'y a plus dette : donc il y a eu extinction de la dette... » Nous ne dirons pas qu'il y a ici une confusion impardonnable du fait et du droit; nous prenons le raisonnement tel qu'il est, et nous disons : « Parlez-vous au point de vue *du fait?* alors il y avait dette avant le jugement, et votre première proposition est vraie; mais aussi il y a encore dette (*en fait*) après le jugement (car je ne sache pas que la sentence du juge puisse changer la réalité des choses) : dès lors votre seconde proposition est fausse, et votre conclusion ne vaut rien... Parlez-vous *en droit?* alors il est vrai qu'après le jugement il n'y a pas dette, et votre seconde proposition est vraie; mais aussi il n'y avait pas dette non plus (*en droit*) avant le jugement (car le jugement, ne l'oublions pas, n'est que déclaratif : il constate et ne crée pas) : dès lors votre première proposition est fausse, et votre conclusion ne vaut encore rien. »

Il est donc bien évident que ni le serment prêté par le débiteur, ni l'autorité de la chose jugée, n'éteignent jamais une obligation. Et c'est

heureux, en vérité; car comment absoudre un Code qui érigerait *en principe légal* l'idée qu'un tribunal peut à son gré briser les droits du créancier, et que le débiteur peut toujours se libérer par un parjure?... Non-seulement la doctrine de Toullier et de M. Duranton viole les principes du droit et les règles du raisonnement, mais elle insulte, sans qu'ils l'aient remarqué, à la moralité du législateur.

SECTION PREMIÈRE.

DU PAYEMENT.

665. Le Code va s'occuper ici successivement et dans quatre paragraphes distincts : 1° du payement en lui-même ; 2° du payement avec subrogation, c'est-à-dire du payement fait, en l'acquit du débiteur, par une personne qui se trouve substituée aux droits du créancier; 3° de l'imputation des payements, c'est-à-dire du mode d'application du payement lorsqu'il y a plusieurs dettes à chacune desquelles il est applicable, et qu'il n'est pas suffisant pour les éteindre toutes ; 4° des offres et de la consignation, qui deviennent pour le débiteur l'équivalent du payement ordinaire, lorsque le créancier refuse de recevoir ce payement.

Fidèle à la règle que nous nous sommes imposée de ne transposer les textes de la loi que quand il y a nécessité de le faire, nous suivrons en ceci l'ordre du Code; mais il nous paraît impossible d'en faire autant pour le cinquième paragraphe de notre section, qui traite de la *cession de biens;* et nous rejetterons hors de notre matière des *obligations* l'explication des six articles dont se compose ce dernier paragraphe. La cession des biens, en effet, n'a aucun rapport avec les règles du payement, puisqu'elle n'est rien autre chose qu'un moyen offert au débiteur qui ne peut pas s'acquitter d'arriver, par l'abandon de tout ce qu'il possède, non pas à se libérer, mais seulement à se soustraire à l'emprisonnement : c'est donc dans la matière de la *contrainte par corps,* à laquelle elle offre un moyen d'échapper, que la cession de biens doit être placée, et c'est là aussi que nous l'étudierons. Pothier, comme on le pense bien, s'était gardé de traiter du bénéfice de cession dans la matière du payement; et ce n'est pas sans étonnement que l'on voit M. Duranton (XII, n° 8) trouver toute naturelle cette division des cinq paragraphes du Code.

§ 1er. — Du payement en général.

666. Le Code, après avoir indiqué dans le premier article de ce paragraphe quelques idées préliminaires sur le payement, va suivre l'ordre de Pothier et nous dire successivement :

2° Par qui le payement doit être fait (art. 1236-1238);

3° A qui il doit être fait (art. 1239-1242);

4° Comment et en quel état la chose doit être payée (art. 1243-1246);

5° Enfin, où et aux frais de qui doit se faire le payement (art. 1247 et 1248).

1° *Notions préliminaires sur le payement.*

1235. — Tout payement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.

SOMMAIRE.

I. Répétition de l'indu. — Renvoi. — Observations.
II. Obligation naturelle, *quid?* Erreur des auteurs : renvoi.
III. Elle devient efficace civilement par l'exécution faite en connaissance de cause.

I. — 667. Nous avons vu qu'on appelle *payement* l'exécution d'une obligation, la libération du débiteur par l'accomplissement de ce à quoi il était tenu. S'il en est ainsi, il est bien clair que le payement suppose une dette, et que quand il n'y a pas de dette, il n'y a pas de payement possible.

D'après cela, on voit qu'il ne faut pas prendre à la lettre la seconde proposition de notre article, que ce qui a été *payé* sans être *dû* est sujet à répétition; car, puisque sans dette il n'y a pas de payement possible, une chose qui n'est pas due ne peut pas être payée... Mais si la chose qui n'est pas due ne peut pas être *payée,* elle peut bien être *procurée* par erreur ou autrement, *à titre de payement :* ainsi, quand je crois vous devoir 1 000 francs que je ne vous dois pas, ou quand je me crois à tort l'héritier de celui qui devait vous construire un mur, il est clair qu'en venant vous compter les 1 000 francs ou construire le mur, je crois faire un payement, quoique je n'en fasse pas un, et que c'est bien à titre de payement que se fait la construction du mur ou la livraison de l'argent. L'article signifie donc que tout ce qui est procuré à titre de payement, sans être réellement dû, donne lieu à répétition.

Les règles de la *répétition de l'indu* seront développées plus loin sous les art. 1376-1381; mais nous devons insister dès à présent sur cette idée, que, pour être répété comme indu, il faut 1° que l'objet ait été procuré à titre de payement, et 2° qu'il ne fût dû ni civilement ni naturellement.

668. Il faut d'abord que l'objet ait été attribué à titre de payement; car s'il l'avait été à titre de don, s'il était reconnu que celui qui veut répéter aujourd'hui avait entendu faire une libéralité, il est clair qu'il n'y aurait plus lieu à la répétition *de l'indu,* il est clair qu'on ne pourrait pas reprendre la chose en se fondant sur ce qu'elle n'était pas due, puisque ce n'est pas comme due qu'elle a été attribuée : sans doute, dirait celui qui a reçu, la chose ne m'était pas due; mais ce n'est pas comme due que je prétends la garder, c'est comme donnée; ce n'est pas comme créancier payé, c'est comme donataire... Au surplus, nous disons qu'il n'y aurait point lieu à répétition *de l'indu,* mais nous ne di-

sons pas qu'il n'y aurait point lieu *à répétition*. Ceci dépendrait du point de savoir si la donation que l'on reconnaît avoir été faite a été valable ou nulle : si, par exemple, c'était un immeuble qui eût été livré ainsi, la donation serait nulle et l'immeuble pourrait être repris; mais elle pourrait être valable s'il s'agissait d'un objet mobilier (*voy.* notre *Théorie des dons manuels*, art. 931, n° III). Ainsi, ce ne serait plus la répétition *de l'indu;* c'est un cas qui est étranger à la matière du payement, à la matière des obligations, et qui rentre dans les règles des donations.

Il faut en outre, pour qu'il y ait répétition de l'indu, que la chose attribuée à titre de payement fût vraiment indue, c'est-à-dire qu'elle ne fût l'objet ni d'une dette civile ni d'une dette naturelle; car, s'il y avait obligation naturelle et que ce soit dans l'intention de payer cette obligation que la chose ait été procurée, la répétition ne serait pas admise. C'est ce que déclare le deuxième alinéa de notre article.

II. — 669. Mais qu'entend-on par obligation naturelle? C'est là une question délicate, sur laquelle la doctrine des auteurs est peu précise, peu exacte, et qui a donné lieu à de graves erreurs, ainsi que nous le verrons dans ce numéro même et aussi au n° III de l'art. 1272.

L'obligation simplement naturelle est évidemment celle qui existe d'après l'équité sans être reconnue par la loi civile, celle qui est valide en conscience et nulle en droit. Mais cette définition, si claire et si exacte qu'elle soit, est cependant loin d'être satisfaisante sous le Code Napoléon; elle paraît même inintelligible au premier abord.

En effet, puisque notre droit français, à la différence du droit romain, suit partout les règles de la raison, et que pour lui toute convention est obligatoire du moment qu'elle est sérieuse et licite, on ne voit pas trop comment une obligation peut exister en équité sans exister par cela même en droit; on ne voit pas comment la loi peut reconnaître qu'une obligation est juste, raisonnable, et lui refuser néanmoins toute efficacité... Il faut donc, pour faire comprendre chez nous l'obligation naturelle, en donner une définition qui aille plus au fond des choses et fasse comprendre les circonstances tout à fait exceptionnelles dans lesquelles elle peut se présenter. Nous dirons donc que l'obligation naturelle est celle que le législateur, après lui avoir refusé l'efficacité ordinaire parce qu'elle se trouve sous le coup d'une présomption générale d'inexistence ou d'invalidité, arrive à sanctionner ensuite, parce qu'une exécution libre, une novation volontaire ou quelque autre acte d'où résulte l'aveu de la valeur réelle de la dette, vient prouver au législateur que sa présomption était en défaut pour ce cas particulier (1).

Ainsi, quand la loi permet d'annuler toute obligation contractée par un incapable, c'est par cette présomption générale que l'incapable s'est obligé sans l'intelligence suffisante de ce qu'il faisait, et qu'il ne serait pas juste de le maintenir dans la position où l'a mis son inexpérience;

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Payement, n° 7).

mais si l'incapable, même après avoir fait annuler son engagement, vient, par ses représentants agissant régulièrement, ou par lui-même, après qu'il est devenu capable, remplir librement son engagement, la loi en conclut, comme de raison, que sa présomption d'inexpérience et de lésion portait à faux dans ce cas, que l'obligation avait au fond toute sa valeur; et si l'obligé voulait revenir plus tard sur cette exécution, qui contient de sa part l'aveu de la sincérité et de la justice de sa dette, il serait repoussé. De même, si la loi, après le temps de la prescription accompli, permet au débiteur de s'affranchir de ses obligations, c'est par l'idée qu'un si long espace de temps écoulé sans réclamation du créancier doit faire penser ou que la dette n'avait rien de sérieux, ou qu'elle avait été acquittée, ou que le créancier connaissait le fondement inique de son titre, ou qu'il y avait quelque autre motif légitime pour ne pas faire exécuter l'engagement; mais si le débiteur, après s'être retranché d'abord derrière la prescription, vient de son plein gré remplir son engagement, la loi voit, dans cet acte du débiteur, qui reconnaît son erreur ou se repent de sa mauvaise foi, la preuve de l'inapplicabilité de sa présomption, et elle s'oppose dès lors à toute répétition ultérieure. Ainsi encore, le Code pose en présomption générale l'idée que toute dette de jeu ou de pari est déraisonnable, sans fondement sérieux, et indigne d'être respectée et d'être protégée; mais si le perdant, en exécutant librement sa promesse, prouve qu'il l'a trouvée modérée, convenable et sagement proportionnée à sa fortune, la loi, par suite de l'aveu qui résulte du payement effectué, refusera la répétition (art. 1965 et 1967).

670. L'obligation naturelle, sous le Code Napoléon (et à la différence du droit romain, où elle formait une classe bien autrement large), est l'exécution volontaire ou quelque acte équivalent, parce qu'il est ainsi prouvé que la présomption en vertu de laquelle cette obligation avait dû jusque-là rester inefficace lui est inapplicable.

Mais il faut bien se garder de ranger au nombre des obligations naturelles, comme on l'a fait souvent, celles dont l'invalidité tient à une défense de la loi, qui les réprouve et les condamne comme contraires à l'ordre public. Il est, en effet, impossible d'admettre que tout en prohibant une convention comme contraire au bon ordre ou à l'intérêt général, la loi se charge de protéger l'exécution de cette convention : ce serait mettre le législateur en contradiction flagrante avec lui-même. La jurisprudence l'a enfin compris; et de nombreux arrêts ont proclamé ce principe à l'occasion des traités secrets dans les transmissions d'offices (1).

(1) Paris, 15 fév. 1840; Rej., 7 juill. 1841; Aix, 7 mars 1843; Paris, 30 mai 1843, 1er mars 1844; Cass., 30 juill. 1844; Rej., 1er août 1844; Caen, 12 fév. 1845; Rej., 17 déc. 1845; Cass., 5 janv. 1846; Rej., 10 fév. 1846, 20 juin 1848, 16 déc. 1848, 16 janv. 1849, 3 déc. 1849; Cass., 9 janv. 1850, 28 mai 1856; Metz, 29 mars 1859 (Dev., 44, I, 582 et 584; II, 307; 45, I, 184; 46, I, 116, 118 et 137; 48, I, 450; 49, I, 29 et 282; 50, I, 132 et 380; 56, I, 587; 59, II, 540). — L'action en répétition n'est soumise qu'à la prescription de trente ans. Cass., 3 janv. 1849; Rouen, 26 déc. 1850 (Dev., 49, I, 282; 51, II, 97; Dall., 49, I, 139; 51, II, 83). — L'action en répétition

III. — 671. On voit, d'après l'explication qui vient d'être donnée, que si le Code sanctionne l'obligation naturelle, c'est non-seulement *après l'exécution* (ou autre acte équivalent), mais aussi et précisément *à cause de l'exécution,* et parce qu'il voit, dans le fait d'un débiteur qui vient payer ou autrement reconnaître son engagement, alors qu'il sait n'y pouvoir pas être contraint, l'aveu énergique de l'existence et de la valeur de la dette. C'est pour cela que notre article demande, pour refuser la répétition, que le débiteur ait payé *volontairement,* c'est-à-dire en connaissance de cause, sachant bien que sa dette était purement naturelle et ne pouvait pas être exigée. S'il en était autrement, si le débiteur n'avait payé que par erreur et se croyant lié civilement, son payement, qui alors ne proviendrait ou pourrait ne provenir que de la crainte des poursuites et des voies de contrainte légale, ne prouverait plus sa conviction intime; on n'y pourrait plus voir l'aveu dont nous parlions.

Quelques jurisconsultes ont combattu cette doctrine; ils ont prétendu que le mot *volontairement* ne signifiait pas *avec connaissance de la qualité purement naturelle de la dette,* mais seulement *avec pleine liberté, sans contrainte, sans violence*. En effet, dit-on, dans ce système, s'il fallait cette connaissance de l'inefficacité légale de la dette, s'il fallait qu'il n'y eût pas erreur du payant, pour que la chose payée ne pût être répétée, l'existence d'une dette naturelle ne servirait à rien; car, alors même qu'il n'y aurait aucunement dette, la chose payée, du moment qu'elle l'aurait été sans erreur et par quelqu'un qui savait ne pas la devoir, ne pourrait pas non plus être répétée...

Il y a ici trois erreurs en une : — 1° On suppose d'abord comme principe que toute chose payée sans être due ne peut jamais être répétée dès là qu'elle a été payée sans erreur, parce que celui qui l'a ainsi livrée, sachant bien qu'il ne l'avait pas, est légalement réputé avoir voulu la donner. Mais c'est là une idée fausse et que nous réfuterons sous les art. 1376 et 1377 : une personne peut avoir le caprice de remettre un objet à une autre en prétextant le lui devoir sans avoir l'intention de le lui donner (dans le but, par exemple, de le laisser *en dépôt* dans une maison qui ne l'accepterait peut-être pas à ce titre); or rien, dans ce cas, ne s'opposerait à la répétition : le premier alinéa de notre article dit que ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition, sans exiger que le prétendu payement ait été fait par erreur; de même l'art. 1376 dit que toute personne qui a reçu par erreur ou sciemment une chose qui ne lui était pas due est obligée à la restituer. Quant à l'art. 1377, dont on argumente dans le système contraire, il est bien vrai que, pour le cas qu'il prévoit, il n'accorde la répétition qu'à celui qui a fait par erreur le payement de ce qu'il ne devait pas, mais il ne

---

peut être exercée contre le tiers cessionnaire du supplément de prix. Bordeaux, 9 nov. 1863 (Dev., 64, II, 115). — Mais il en est autrement alors que l'acquéreur s'est reconnu depuis le transport débiteur de l'intégralité du prix, et n'a fait lors de la notification du transport aucune réserve de son droit. Cass., 12 déc. 1859 (Dev., 60, I, 129; Dall., 60, I, 92).

parle que des cas où il existait vraiment une dette et où celui qui a reçu était véritablement créancier : alors, si celui qui a payé la dette qui n'était pas la sienne l'a fait par erreur, il aura la répétition contre le créancier lui-même; que s'il l'a fait sciemment, il aura toujours son recours, mais au lieu de l'avoir contre le créancier, ce sera contre le débiteur dont il a acquitté l'obligation. — 2° Dans le cas même où la chose non due aurait été livrée avec intention de la donner, on sait qu'il y aurait encore répétition s'il s'agissait d'un immeuble. — 3° Enfin, même en supposant un objet mobilier livré *animo donandi*, il y aurait encore une grande différence entre la tradition ainsi faite à pur don et celle par laquelle on aurait acquitté une dette naturelle; car, dans le premier cas, il faudrait, pour que la tradition produisît son effet, que les deux parties eussent été capables l'une de donner et l'autre de recevoir, puis la chose serait sujette à réduction ou à rapport, tandis qu'il n'y aurait rien de tout cela dans le cas d'acquittement d'une dette naturelle.

Il est donc certain que l'obligation naturelle ne devient civilement efficace par son exécution que quand cette exécution est volontaire, c'est-à-dire faite en connaissance de cause, et de nature à constituer de la part du débiteur l'aveu de la validité de la dette. C'est bien ce que disait l'orateur du gouvernement devant le Corps législatif : « L'obligation naturelle ne devient un lien civil *que par une induction tirée du payement*... Ce payement est une renonciation de fait aux exceptions..., renonciation *que la bonne foi seule et le cri de la conscience sont présumés* avoir provoquée. » (Fenet, XIII, p. 264.)

On peut voir encore, pour mieux comprendre l'obligation naturelle, ce que nous en disons sous les art. 1338 et 1340.

2° *Par qui le payement doit être fait.*

1236. — Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.

SOMMAIRE.

I. Le deuxième alinéa, mal compris par divers interprètes, signifie que, lorsque le tiers qui paye se fait subroger, il y a plutôt achat de la créance qu'extinction de cette créance. — Observations sur la nature de la subrogation.
II. Le tiers ne peut pas contraindre le créancier à le subroger. Il peut le contraindre à recevoir le payement : dissentiment avec Toullier et Delvincourt.
III. Il peut aussi payer malgré le débiteur, et il n'en a pas moins la répétition contre ce débiteur dans les limites de l'utilité que le payement procure à celui-ci : dissentiment avec Toullier et Zachariæ.
IV. Observations sur la portée de la disposition finale de l'article.
V. Nouveaux développements sur la nature de la subrogation.

I. — 672. Le premier alinéa de cet article ne présente aucune diffi-

culté : il déclare que le payement d'une dette peut être fait non-seulement par le principal débiteur, mais aussi par toute personne qui s'y trouve obligée accessoirement ou secondairement. Mais il s'en faut de beaucoup que le deuxième alinéa, relatif au payement fait par une personne qui ne serait nullement liée vis-à-vis du créancier, soit aussi clair.

Il nous dit que l'obligation peut être acquittée par un tiers (1), pourvu que ce tiers agisse au nom du débiteur, comme représentant de ce débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Pour comprendre cette dernière idée, il faut d'abord se rappeler ce que c'est que la subrogation, et savoir quel sens les auteurs du Code Napoléon ont donné à ce mot en écrivant notre article. Disons de suite, au surplus, que ce sens est inexact, que le mot *subrogation* a été pris à tort ici comme synonyme de *cession,* et qu'on a entendu parler, non pas de celui qui se serait seulement fait subroger aux droits du créancier, mais de celui qui aurait *acheté* ces droits.

Subrogation signifie tout simplement *substitution, succession* d'une personne à une autre personne, ou d'une chose à une autre chose : dans notre matière du payement, la subrogation est la mise d'un créancier nouveau à la place du premier créancier, de telle sorte que le créancier nouveau ait, vis-à-vis du débiteur, absolument les mêmes droits que l'ancien. Ainsi, quand Pierre me doit 500 francs avec garantie hypothécaire, et que Paul vient me payer 500 francs, mais sans se faire mettre en mon lieu et place quant à l'hypothèque et en se contentant d'une créance chirographaire, il n'y a pas subrogation ; que si, au contraire, l'hypothèque qui me garantissait continue de le garantir, si sa créance présente les mêmes accessoires qu'avait la mienne, il y a subrogation. Ceci une fois compris *en fait,* comment l'expliquer en droit ? Il se présente deux explications, deux théories. Dans l'une, qui nous paraît moins logique, on dit que la créance payée avec subrogation est censée n'être pas payée, n'être pas éteinte ; qu'elle est réputée exister encore, comme si elle avait été achetée au lieu d'être acquittée ; et que dès lors, cette créance continuant, par la fiction de la loi, d'être identiquement la même, elle continue nécessairement et tout naturellement de présenter les mêmes garanties, les mêmes hypothèques ou priviléges, les mêmes accessoires enfin. Dans un second système, qui nous paraît plus rationnel et que nous avons déjà présenté sous l'art. 874, n° 1, on dit que le payement avec subrogation anéantit la créance (puisque le payement est nécessairement un mode, et le mode prin-

---

(1) Le payement que tout tiers est autorisé à faire en l'acquit du débiteur ne peut, quand il s'agit d'une dette de somme d'argent, consister qu'en espèces et non en la remise d'un mandat ou titre quelconque qui ne ferait qu'impliquer une obligation nouvelle, et cela quand même le payement aurait lieu de la part d'une commune se prétendant forcée par les nécessités de la comptabilité d'offrir un pareil mandat. Lyon, 2 juin 1854 (Dev., 55, II, 79). *Conf.* Larombière (art. 1236, n° 3).

cipal et le plus naturel, d'extinction des obligations), et que, dès lors, la créance qui existe ensuite contre le débiteur au profit de celui qui a payé (et qui naît ainsi d'une gestion d'affaires) est bien une créance nouvelle; mais que la loi, par sa volonté toute-puissante, transporte sur cette créance toutes les garanties de l'ancienne.

Quoique la première de ces deux idées soit moins exacte que l'autre, elle a cependant été celle de nos législateurs quand ils ont fait notre article, et c'est elle qui va nous donner l'explication de cet article. En effet, puisque la subrogation est regardée dans ce système comme empêchant l'extinction de l'obligation et faisant continuer la même obligation au profit du nouveau créancier, tout comme si la créance lui avait été vendue, il est clair que, quand le tiers qui est venu payer se sera fait subroger, on ne pourra pas dire que la dette est acquittée.

Notre deuxième alinéa signifie donc que l'obligation pourra être acquittée par un tiers étranger à la dette, quand ce tiers agira dans l'intérêt unique du débiteur ou même dans son intérêt propre, sans se faire subroger, mais qu'elle ne pourra pas l'être quand ce tiers, agissant ainsi dans son intérêt propre, se sera fait subroger, par la raison que la subrogation, dans le système des rédacteurs de l'article, fait que la même dette continue et empêche dès lors de parler d'extinction.

673. La preuve de l'exactitude de cette interprétation se trouve évidente et palpable dans les travaux préparatoires du Code. En effet, la rédaction que nous présente aujourd'hui l'alinéa n'existait pas dans le projet; c'est le Tribunat qui la proposa, et voici ce qu'il dit en la proposant : « La section pense qu'une dette peut être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, quoiqu'il ait agi en son nom propre : il suffit qu'il n'ait point stipulé de subrogation... En un mot, s'il y a subrogation, *la dette est conservée;* s'il n'y en a point, la dette ne subsiste plus. » (Fenet, XIII, p. 157.) — Et cette idée, que le payement avec subrogation n'opère pas l'extinction de la créance et en produit plutôt une cession, un transport, fut si bien adoptée par le conseil d'État (dans notre article seulement, car nous verrons que tout le reste du Code contredit cette idée qu'il faut, en définitive, se garder d'accepter), qu'après avoir inséré dans l'article le changement demandé par le Tribunat, il disait au Corps législatif, par la bouche de l'orateur du gouvernement : « L'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y a aucun intérêt, lorsqu'il agit au nom du débiteur (ou même en son nom propre, mais sans se faire subroger). Si, agissant en son nom propre, il se fait subroger au droit du créancier, *ce n'est plus un payement, c'est un transport de l'obligation.* » (*Ibid.*, p. 265.) — Enfin, un autre rédacteur, M. Maleville, dans son *Analyse raisonnée,* nous dit : « L'obligation *n'est pas acquittée* par un étranger qui se fait subroger, *c'est-à-dire qu'elle n'est pas éteinte* et qu'*elle passe* du créancier originaire à celui qui se fait subroger. »

Il y a donc inexactitude dans la doctrine d'après laquelle notre ar-

ticle signifierait que le tiers ne peut pas forcer le créancier à le subroger dans ses droits contre le débiteur (1). L'article ne s'occupe nullement du point de savoir si le tiers peut ou non contraindre le créancier à sa subrogation; il a simplement voulu dire que la subrogation empêchera l'acquittement de la dette, en faisant continuer cette dette au profit du nouveau créancier (2).

II. — 674. Au reste, si cette idée, que le créancier ne peut pas être contraint de subroger le tiers, n'est pas exprimée par notre article, elle n'en est pas moins exacte; elle résulte des art. 1249 et suivants. La subrogation, en effet, d'après ces articles, ne peut résulter que de la disposition même de la loi ou d'une convention ; or, une convention ne pouvant se former que par la libre volonté des parties, il est clair que le créancier ne peut pas être contraint à consentir celle dont il s'agit : consentir et être contraint sont deux idées contradictoires.

Mais si le tiers ne peut pas contraindre le créancier à le subroger, il peut très-bien, quoi qu'en aient dit Delvincourt et Toullier (VII, 11), le contraindre, en toutes circonstances, à recevoir le payement, puisque notre article lui donne, absolument et sans distinction, capacité pour payer. Et, puisqu'il peut le contraindre à recevoir le payement, il peut donc, à son refus, éteindre la dette au moyen des offres dont nous parlerons au § 4.

III. — 675. Et non-seulement le tiers peut payer malgré le créancier, mais il peut aussi payer malgré le débiteur; et le payement qu'il aurait fait, même contre la défense formelle de celui-ci, lui donnerait action contre celui dont il a ainsi fait l'affaire, mais seulement, bien entendu, dans les limites de l'utilité que ce débiteur aurait vraiment tirée du payement (3). Toullier (VII, n° 12) et M. Zachariæ (III, p. 182) enseignent le contraire, en se fondant sur la décision de Justinien (l. ult. C. *De neg. gest.*, 2, 19), et posent en règle générale que celui qui s'est ingéré dans les affaires d'une personne contre sa défense n'a aucune action pour réclamer ses déboursés et doit être considéré comme ayant fait un cadeau à cette personne. C'est là, selon nous, une erreur évidente et fondée sur l'une de ces traditions de la légitimité desquelles on ne s'est pas suffisamment enquis. Nous avons déjà vu (art. 555, n° VI) que le Code n'a point admis ces présomptions si peu fondées de gratification. L'art. 1375 déclare que « celui *dont l'affaire a été bien administrée* doit rembourser au gérant *toutes les dépenses utiles* qu'il a faites » ; et nous ne voyons pas comment on pourrait échapper à cette règle, si raisonnable et si positive tout ensemble. Sans doute, si le débiteur fait voir que son créancier lui aurait donné des délais ou lui aurait consenti une réduction de la dette, on lui accordera vis-à-vis du gérant les mêmes délais ou la même réduction, puisque c'est seulement sous cette restriction que la dépense lui a été *utile*, et

---

(1) Delaporte (sur l'article); Duranton (XII, 15, alin. 8); Demante (II, 690).
(2) Voy. *Dict. not.* (v° Payement, n° 13).
(3) Conf. *Dict. not.* (v° Payement, n° 15).

l'on devra, dans ces appréciations de fait, se montrer facile pour le débiteur, attendu que le tiers est blâmable d'avoir payé malgré lui; mais c'est violer ouvertement l'art. 1375 que de poser en principe, comme Toullier et M. Zachariæ, que le tiers sera sans action toutes les fois qu'il aura payé malgré le débiteur.

676. M. Duranton, que M. Zachariæ invoque à tort comme partageant la doctrine que nous combattons ici, la repousse, au contraire, puisqu'il dit que l'action devra être accordée ou refusée d'après les circonstances particulières du fait. Si M. Duranton s'en était tenu là, sa proposition, quoique bien vague, ou plutôt parce qu'elle aurait été plus vague, n'aurait eu rien d'inexact; mais le savant professeur nous paraît tomber à son tour dans l'erreur lorsque, pour préciser son idée, il ajoute que les tribunaux devront se décider *d'après les motifs qui ont pu déterminer le tiers à faire le payement.*

C'est là une règle arbitraire et qui n'a aucune base dans la loi : ce n'est pas le motif qui a fait agir le tiers qu'il faut considérer, c'est l'utilité que le débiteur a pu tirer du payement fait. S'il résulte des circonstances que le payement n'a profité en rien au débiteur, le tiers n'aura pas d'action; s'il lui a profité pour le tout, l'action existera pour le tout; car, encore une fois, l'art. 1375 veut que le débiteur rembourse toutes les dépenses *utiles* qui ont été faites pour lui.

IV. — 677. D'après les explications que nous avons données, on voit que la disposition, si obscure et si difficile, de la fin de notre article, est loin d'avoir autant de portée qu'on pourrait le croire au premier abord. Cette disposition ne fait rien autre chose qu'apporter au principe posé par le commencement de l'article une exception qui n'avait pas besoin d'être exprimée et qui n'est même pas exacte.

En effet, l'ensemble de l'article revient à dire ceci : « Une dette s'éteint toujours par le payement; et ce payement peut être fait par toute personne, même par un tiers étranger à l'obligation. Mais il faut toutefois que le tiers ne soit pas subrogé aux droits du créancier; car la subrogation ferait continuer la même dette au profit du subrogé. » Or, cette prétendue exception, en la supposant inexacte, n'avait nul besoin d'être exprimée ici; il suffisait de dire que le payement peut être fait par tout le monde, sauf à s'occuper plus tard des effets particuliers du payement fait avec subrogation. Mais cette prétendue exception n'existe même pas, et on ne pourrait la reconnaître qu'en mettant le Code en contradiction avec lui-même; car le payement, d'une part, n'est rien autre chose que l'exécution même de l'obligation, l'accomplissement de ce à quoi le débiteur était tenu; donc, tout payement opère nécessairement l'extinction de l'obligation. Or, si, d'une autre part, on admettait que la subrogation fait continuer l'obligation en transportant la créance, toujours identique à elle-même, d'un créancier à un autre, il s'ensuivrait que les mots *payement avec subrogation,* qui se trouvent si fréquemment dans la loi, signifieraient *extinction avec continuation, anéantissement avec maintien,* et ne formuleraient dès lors qu'une absurdité.

Il nous paraît donc impossible d'admettre que la subrogation obtenue par celui qui paye une dette opère la continuation de cette dette; et il est, selon nous, bien plus logique de dire que le payement avec subrogation éteint la dette et en fait naître une seconde sur laquelle la loi transporte toutes les garanties de la première.

V. — 678. Quand on étudie, sur la subrogation, nos auteurs anciens et modernes, l'ensemble de leurs doctrines semble se résumer en ceci : que le payement avec subrogation doit être regardé, en principe, comme opérant le transport, la cession de la créance; mais que cet effet n'est cependant pas absolu, et que le résultat de l'opération dépend en définitive de l'intention des parties dont l'une a fait et l'autre reçu le payement; que si l'intention du tiers payant a vraiment été d'obtenir pour lui l'intégralité de la créance, le payement opère un véritable transport, lequel permettra de réclamer la dette entière, alors même qu'une partie seulement du prix aurait été payée; qu'au contraire, si l'idée principale du tiers a été de libérer le débiteur envers son créancier, le payement avec subrogation peut être considéré comme ayant éteint la dette antérieure et fait naître une dette nouvelle; que dès lors tout dépend, en cette matière, des circonstances de fait soumises à l'appréciation des tribunaux (1).

Mais il y a au fond de toutes ces doctrines (et il y a eu par suite dans la pensée des rédacteurs de notre article) une confusion qu'il est temps de faire cesser, et qui est de nature à engendrer une dispute d'autant plus longue et plus obscure qu'elle ne serait, au fond, qu'une dispute de mots. En effet, la plupart des auteurs, partant de ce que le mot *subrogation* signifie « la mise d'une personne ou d'une chose à la place d'une autre personne ou d'une autre chose », emploient ce mot *subrogation* pour exprimer même une cession proprement dite de créance. Ainsi, quand nous déclarons positivement vous me vendre, moi vous acheter la créance que vous avez contre Pierre, c'est, dit-on, une subrogation, parce que je vous suis subrogé, je vous suis substitué, je vous succède dans vos droits contre Pierre : si, au lieu de me vendre la créance, vous me la donnez, ce sera toujours la même chose... Eh bien! c'est de ce sens trop large donné au mot *subrogation* que vient toute l'obscurité. Où irait-on, en vérité, si, au lieu d'attribuer à chaque chose un nom précis et qui la distingue de toutes autres, on confondait ainsi, sous une même expression, les choses les plus diverses? On nous dit que les *cessions* sont des subrogations ! C'est vrai, puisqu'elles mettent le cessionnaire à la place du cédant; mais les *ventes,* quel qu'en soit l'objet, et aussi bien pour des immeubles ou des meubles corporels que

(1) Dumoulin (*Première leçon à Dôle*, et *Tract. de Usur.*, nos 276 et suiv.). Ranchin (part. 1, concl. 84); Loyseau (*Offices*, liv. 3, ch. 8); Lacombe (*Rec. de jurispr.*, vo Subrogat.); Renusson (*Tr. des subrog.*); Domat (*L. civ.*, sect. 3, liv. 3); Pothier (nos 280 et suiv.); Toullier (VII, nos 119 à 125); Duranton (XII, 114 et 122, alin. 4); Dalloz (vo Obligat., ch. 5, sect. 4); Grappe (*Quest.* de Merlin, vo Subrog.); Zachariæ (II, p. 371 et notes).

pour des créances, seront aussi des subrogations, puisqu'elles mettent l'acheteur à la place du vendeur; toutes les *donations* seront aussi des subrogations, puisqu'elles mettent le donataire à la place du donateur : les *successions* seront également des subrogations, puisqu'elles mettent l'héritier à la place du défunt; et en effet, Renusson prend la peine d'expliquer que l'acceptation d'une succession est une subrogation. Mais, encore une fois, où arrivera-t-on et comment sera-t-il possible de s'entendre jamais avec un tel système? Tout sera subrogation, tout sera succession, tout sera substitution; tout sera dans tout, et on ne comprendra plus rien!..... Gardons-nous donc bien de dire avec Toullier (VII, n° 123, notes), que c'est mal à propos qu'on a cherché à établir une distinction entre la cession et la subrogation.

Encore une fois, donnons à chaque chose particulière son nom particulier. Lorsqu'une créance est vendue, donnée, ou autrement transférée d'un individu à un autre, disons qu'il y a *vente, donation, échange,* etc., ou en général *transport, cession,* mais ne parlons pas de *subrogation,* et réservons cette expression particulière pour le cas particulier où le nouveau créancier succède à l'ancien, non pas pour la créance elle-même, mais seulement pour les droits accessoires qui garantissaient cette créance et qui viennent garantir la sienne. Au moyen de ce choix plus circonspect des mots, il sera facile de s'entendre sur les choses, et nous allons finir par nous trouver d'accord, au fond, avec les idées mal exprimées des auteurs.

679. En effet, on nous dit que dans le *payement* fait par un tiers avec subrogation, c'est aux tribunaux à décider, d'après les circonstances, si le tiers a entendu éteindre la créance qui existait contre ce débiteur, sauf l'effet de la créance nouvelle qu'il acquérait lui-même, ou s'il a voulu s'approprier la créance même déjà existante. Or, cette proposition, contradictoire dans ses termes mêmes, devient très-exacte par un simple changement d'expression et en conservant le fond des idées.

La proposition est inexacte; car s'il y a *payement,* le tiers a nécessairement éteint la dette; et si, au contraire, ce tiers a entendu laisser subsister la dette pour se l'approprier, il ne l'a donc pas *payée,* puisque la payer c'est l'éteindre. Tout ceci est donc inexact, et voici maintenant ce qu'il faut dire : — C'est bien par les circonstances du fait et d'après l'intention des parties qu'il faut se decider ici. Mais ce qu'il faut décider d'après cette intention, ce n'est pas si le payement avec subrogation produira tel effet ou tel autre (car il n'en peut produire qu'un, l'extinction de la dette avec conservation de ses garanties pour la dette nouvelle qui naît); ce qu'il faut décider, c'est s'il y a ou non payement avec subrogation, s'il y a payement ou bien cession. Si l'intention du tiers a été d'éteindre la dette en obtenant ses garanties pour celle qui naît à son profit, il y a payement avec subrogation; si, au contraire, le tiers a entendu acquérir la dette elle-même, il y a cession.

La disposition de notre article doit donc, en définitive, se formuler ainsi : « Une dette peut être acquittée et dès lors éteinte par toute per-

sonne, même par un tiers complétement étranger à cette dette; mais il ne faut pas, bien entendu, que ce tiers *achète* la dette, car il est clair que ce ne serait plus là une extinction de l'obligation. »

680. Du reste, si nos rédacteurs, obéissant à une habitude fâcheuse, ont eu le tort dans notre article de parler de subrogation pour exprimer un cas de cession, cette inexactitude ne se reproduit nulle part ailleurs dans le Code. Ainsi, ils ont eu soin de ne parler de subrogation que dans notre matière *du payement* pour reporter la matière des cessions ou transports au titre *De la Vente;* et il est à remarquer que, dans le paragraphe *Du payement avec subrogation,* nous ne trouverons pas une seule fois les mots *céder, cédant, cession, cessionnaire,* de même que dans le chapitre *Du transport des créances* (art. 1689-1701) on ne trouve pas une seule fois non plus les mots *subroger, subrogation,* etc. Les rédacteurs ont donc senti la différence qui existe entre les deux cas; l'inexactitude d'expression de notre article est un fait isolé dû à l'inattention, et on n'en saurait induire un système arrêté que dément, au contraire, tout l'ensemble du Code. C'est une raison de plus pour que l'on évite avec soin la confusion que nous signalons, et que Toullier surtout semble reproduire avec affectation, notamment au n° 124, *in fine,* où il insiste pour présenter les mots *cessions* (ou *transports*) et *cessionnaires* comme synonymes parfaits de *subrogations* et *subrogés.*

1237. — L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.

681. Le principe posé par l'article précédent, que l'obligation peut être acquittée par quelque personne que ce soit et par un tiers aussi bien que par le débiteur lui-même, n'est vrai qu'autant que le créancier n'a pas intérêt à ce que le débiteur exécute en personne. Que s'il importe au créancier que l'obligation soit accomplie par le débiteur lui-même, ainsi que cela peut arriver dans les obligations qui ont pour objet de faire quelque chose, il est clair que ce créancier est en droit de l'exiger. Ainsi, quand j'ai fait un marché avec tel peintre pour qu'il me fasse un tableau, il est évident qu'on ne peut pas me contraindre à me contenter d'un tableau fait par un autre.

1238. — Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en payement, et capable de l'aliéner.

Néanmoins le payement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

SOMMAIRE.

I. Rédaction irréfléchie et trop large de l'article, lequel ne peut s'appliquer qu'aux payements devant opérer une translation de propriété.

II. Effets différents du payement fait, dans ce cas, par le non-propriétaire et de celui fait par le propriétaire incapable.

I. — 682. Cet article, extrait des nos 459-461 de Pothier, y a été copié sans discernement, sans réflexion, et de manière à présenter une disposition très-inexacte.

L'article commence par dire que, pour payer valablement une chose, il faut être propriétaire de cette chose et capable de l'aliéner. Or, la règle, ainsi formulée, est évidemment fausse. Quand, par exemple, vous m'avez prêté ou déposé votre argenterie, il est bien clair qu'on ne peut pas exiger pour l'exécution de mon obligation, exécution qui consiste dans la restitution de l'objet prêté ou déposé, que je sois propriétaire de cet objet et capable de l'aliéner, puisque cet objet vous appartient! Aussi Pothier avait-il soin d'expliquer que cette règle n'existait que pour les obligations qui consistent *in dando,* dans une translation de propriété... Mais, à part cette première idée, la règle est loin d'avoir, dans le Code Napoléon, la portée qu'elle avait dans Pothier, puisque la propriété, d'après l'art. 1138, se transmet aujourd'hui par l'effet immédiat de la convention et avant toute tradition de la chose, pourvu qu'il s'agisse d'un objet déterminé *in individuo.* Ainsi, quand je vous ai vendu, donné, échangé une maison, ou tel cheval, ou tel autre objet individuellement désigné, il est clair que je ne pourrais pas être propriétaire au moment du payement de mon obligation, c'est-à-dire quand il s'agira de vous livrer l'objet, puisque c'est vous qui en êtes devenu le propriétaire par la convention même. Par la même raison, je n'ai pas besoin d'être capable d'aliéner, puisque le payement que je fais n'est pas une aliénation; c'est au moment que j'ai consenti la vente, la donation, etc., que l'aliénation s'est accomplie, et c'est alors seulement qu'il m'a fallu être capable d'aliéner. Ainsi notre article ne peut s'appliquer qu'aux payements qui emportent aliénation, c'est-à-dire dans le cas où le débiteur reste propriétaire jusqu'à l'exécution et ne doit transférer la propriété que par cette exécution même. Or, il n'en est ainsi, depuis le Code Napoléon, que quand l'objet à payer est déterminé *in genere* seulement, ou encore quand les parties sont positivement convenues que la propriété de l'objet resterait au débiteur jusqu'à la tradition : par exemple, quand j'ai déclaré vous vendre non pas *tel cheval,* mais seulement *un cheval;* ou bien quand je vous ai promis tel cheval ou telle maison, mais en stipulant que, par exception à la règle de l'art. 1138, j'en conserverai la propriété jusqu'à la livraison même (1).

II. — 683. Ainsi, lorsque c'est le payement même qui doit transférer la propriété de la chose, il faut, pour la validité de ce payement,

(1) Voy. *Dict. not.* (vo Payement, no 24).

1° que celui qui paye en soit propriétaire, et 2° qu'il soit capable de l'aliéner.

1° Si celui qui paye n'était pas propriétaire, quelle en serait la conséquence? Si l'objet ainsi livré *à non domino* est un immeuble, il pourra être enlevé au créancier par le véritable propriétaire, tant que la prescription n'en sera pas accomplie. Mais si le propriétaire n'exerçait pas la répétition de sa chose, le débiteur qui a livré cette chose ne pourrait pas l'exercer; car celui-là ne peut pas agir en éviction qui est responsable de l'éviction pratiquée par un autre : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Que s'il s'agit d'un meuble, et que ce meuble ne soit ni perdu ni volé, le créancier qui l'a reçu de bonne foi ne peut pas être inquiété, puisque, en fait de meubles, la possession de bonne foi, même instantanée, rend immédiatement propriétaire (art. 2279, alin. 1). S'il s'agit, enfin, d'un meuble perdu ou volé, le créancier qui l'a reçu n'en deviendrait propriétaire, par prescription, qu'après trois années à compter du jour de la perte ou du vol (*ibid.*, alin. 2), et jusqu'à ce moment la chose pourrait être répétée contre lui, non pas par celui qui a payé (d'après ce qui vient d'être dit), mais par le vrai propriétaire. Que si pourtant le meuble perdu ou volé avait été consommé de bonne foi par le créancier, celui-ci serait à l'abri de tout recours, d'après la disposition formelle du deuxième alinéa de notre article.

Du reste, si le créancier *peut* maintenir le payement et conserver la chose payée, quand le temps de la prescription est accompli (c'est-à-dire immédiatement pour les meubles non perdus ni volés; après trois ans, depuis la perte ou le vol, pour les autres; et de même après les délais voulus, pour les immeubles), il n'y est pas forcé, et il peut très-bien dire au débiteur : « Il répugne à ma conscience d'user de la prescription, je ne veux pas garder un objet que je découvre me venir d'un autre que son véritable maître; reprenez cet objet, et donnez-m'en un qui vous appartienne. » Il nous paraît évident que cette juste prétention du créancier ne pourrait pas être repoussée : car, d'une part, toute convention doit s'exécuter de bonne foi et le débiteur devrait livrer une chose qui lui appartînt (art. 1134); d'autre part, on ne peut jamais prescrire contre son gré, ni se trouver contraint de bénéficier de la prescription contre sa volonté.

2° Quand le débiteur, propriétaire de l'objet donné en payement, n'avait pas capacité pour l'aliéner (par exemple, si c'est un pupille qui a payé lui-même, ou une femme mariée qui l'a fait sans autorisation de son mari), l'annulation du payement ne peut être demandée que par l'incapable ou ses représentants, et non par le créancier, puisque, comme nous le savons, le bénéfice de l'incapacité n'est établi qu'au profit des incapables (art. 1125). Le seul débiteur pourra donc ici faire rescinder le payement, s'il y a intérêt; par exemple, si, étant obligé de donner un cheval *in genere*, il en a livré un d'un prix plus élevé que tel autre, par la livraison duquel il aurait pu se libérer également; ou bien encore si, étant débiteur de deux objets sous une alternative, et

de manière dès lors à se libérer par la remise de l'un ou de l'autre, il a donné celui des deux qui avait le plus de prix. Mais ici encore, et toujours d'après la disposition formelle de notre deuxième alinéa, le recours de l'incapable serait impossible si le créancier avait consommé la chose de bonne foi; que si c'était de mauvaise foi que le créancier eût consommé la chose, l'incapable conserverait son recours, non pas, bien entendu, pour reprendre une chose qui n'existerait plus, mais pour obtenir une indemnité (1).

684. La destruction de la chose par cas fortuit, entre les mains du créancier, produit un effet différent, selon que cette chose avait été livrée *à non domino*, ou seulement par le propriétaire incapable de l'aliéner. Dans le premier cas, le créancier, comme nous l'avons vu, est toujours en droit de dire que la chose n'a pas été acquise par lui, qu'elle n'est pas devenue sienne, qu'elle a péri pour le compte de son propriétaire, et que le payement, demeuré nul, n'ayant pas libéré le débiteur, celui-ci est tenu de lui en faire un nouveau. Quand, au contraire, la chose appartenait bien au débiteur qui seulement était incapable de l'aliéner, alors, comme l'effet de l'incapacité ne peut être invoqué que par l'incapable, et que celui-ci se gardera bien de l'invoquer contre lui-même en critiquant ici le payement fait, ce payement restera valable et la perte sera pour le créancier.

3° *A qui doit être fait le payement.*

1239. — Le payement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le payement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité.

685. Le payement doit se faire au créancier capable de recevoir, ou à quelqu'un qui le représente en vertu d'un mandat, soit conventionnel, soit judiciaire, soit légal (2). Si le mandat donné par le créancier était expiré au moment du payement, il faudrait distinguer : ou le mandat porte avec lui-même la preuve de son extinction (par exemple, s'il n'était donné que jusqu'à telle époque aujourd'hui arrivée), et alors on ferait un acte nul en payant au porteur de ce mandat; ou bien le mandat, donné d'abord pour un temps plus long, a été révoqué par le créancier, et alors je puis toujours payer au mandataire tant que sa révocation ne m'a pas été notifiée (art. 2005), car je ne puis pas deviner la révocation, et c'est le créancier qui est en faute de ne me l'avoir

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Payement, n°s 26 et suiv.).

(2) Le payement fait entre les mains du notaire qui a reçu l'acte d'obligation n'est libératoire que dans le cas où le notaire avait reçu un mandat exprès du créancier pour recevoir ce payement. Douai, 29 nov. 1849 (Dev., 50, II, 223; Dall., 52, II, 161). La stipulation que l'obligation sera payée dans l'étude du notaire du créancier n'emporte pas mandat pour ce notaire de recevoir. Bordeaux, 11 juill. 1859; Lyon, 16 fév. 1860 (Dev., 60, II, 92; 61, II, 607). Voy. *Dict. not.* (v° Payement, n° 71).

pas fait connaître (Pothier, nº 474). Si le mandat en vertu duquel un tiers vient me demander le payement était faux, et que je le paye néanmoins, le payement serait nul et je serais tenu de payer une seconde fois; car c'est moi qui suis en faute de ne m'être pas suffisamment renseigné. Et il en serait ainsi, alors même qu'il n'y aurait aucune négligence à me reprocher; car c'est à celui contre lequel une fraude est dirigée et qui n'a pas su s'y soustraire d'en supporter la conséquence : or, c'est moi, dans ce cas, qu'on a trompé, et non pas le créancier (*ibid.*). — Du reste, le payement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de le recevoir devient valable dans trois cas, dont deux sont indiqués par notre article, et le troisième par l'article suivant : 1° quand le créancier ratifie ensuite le payement; 2° quand le créancier a profité du payement comme s'il lui avait été fait à lui-même : que s'il n'en avait profité que pour partie, le payement serait valable pour cette partie et nul pour le surplus; 3° enfin, quand le débiteur a été trompé par la possession que le tiers avait de la créance, comme va nous le dire l'article suivant.

1240. — Le payement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé.

686. Être en possession d'une créance, ce n'est pas détenir l'acte, l'écrit qui fait preuve de cette créance, c'est jouir paisiblement de la qualité de créancier. Ainsi, l'héritier apparent est en possession des créances héréditaires, et les payements que lui font les débiteurs de la succession sont valables, quoiqu'il soit ensuite évincé par l'héritier réel. Du reste, la simple détention de l'acte constitue la possession quand il s'agit d'effets payables au porteur. — Notre article est l'un de ceux sur lesquels on s'appuie pour décider que l'héritier apparent peut vendre valablement les biens de la succession; mais nous avons réfuté sous l'art. 137 l'argument qu'on veut en induire (1).

1241. — Le payement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier.

687. Le payement n'est valable, avons-nous dit, que quand il est fait au créancier *capable :* ainsi le payement serait nul s'il était fait à un mineur, à un interdit, ou à une femme mariée non autorisée, quoique ceux-ci fussent bien les titulaires de la créance, et il serait nul aussi, bien évidemment, s'il était fait à un mandataire choisi par le créancier incapable. Mais, au contraire, du moment que le créancier est capable,

---

(1) *Voy.* Cass., 27 janv. 1862, 23 mars 1864 (Dev., 62, I, 588; 64, I, 181; Dall., 62, I, 225; 64, I, 220); *Dict. not.* (vº Payement, nºˢ 86 et suiv., et vº Héritier, nºˢ 29 et suiv.).

il importe peu que le mandataire qu'il s'est choisi ne le soit pas ; ainsi je payerai très-valablement au mineur ou à la femme mariée que mon créancier, maître de ses droits, a désignés pour recevoir en son nom (art. 1990) (1).

Mais, bien entendu, le payement fait au créancier incapable se trouve validé, en tout ou partie, quand il a tourné en tout ou partie au profit de ce créancier ; et peu importe que le profit existe encore ou n'existe plus au moment où le créancier viendrait demander un nouveau payement. Ainsi, quand j'ai payé à un pupille, au lieu de la livrer à son tuteur, une somme considérable, et que ce tuteur l'a placée en acquisition d'une maison, ce dernier fait valide mon payement ; et la circonstance que la maison s'est trouvée détruite depuis est insignifiante, puisque sa destruction ne tient pas à ce que j'ai payé au pupille. Il n'y a lieu à payement nouveau que quand le pupille, à raison de ce que le payement lui a été fait à lui-même, se trouve privé d'un bénéfice qu'il devait obtenir, et qu'il eût obtenu si le payement avait été fait régulièrement à son tuteur. — Il va sans dire que le payement fait à l'incapable deviendrait également inattaquable par la ratification de celui qui devait recevoir ce payement.

688. De ce que les incapacités ne sont établies qu'au profit des incapables et qu'eux seuls peuvent en argumenter, il n'en faudrait pas conclure assurément que le débiteur qui a fait un payement à un créancier incapable ne peut pas agir pour obtenir, lorsqu'il en est temps encore, la ratification de ce payement. Sans doute, ce débiteur ne peut pas critiquer le payement et en faire prononcer la nullité ; à l'incapable seul appartient ce droit : mais aussi ce n'est pas là ce qu'il demande ; il demande, au contraire, que le tuteur ou le mari interviennent pour ratifier et valider le payement fait, alors qu'il en est encore temps et que la chose payée n'est pas dépensée inutilement.

1242. — Le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier.

689. La saisie ou l'opposition sont une seule et même chose (C. pr., art. 557 et suiv.) : c'est la défense que je fais au débiteur de mon débiteur de rien payer à celui-ci au préjudice de mes droits. On appelle *débiteur saisi* ou simplement *saisi,* celui pour la dette duquel la saisie est faite ; *tiers saisi,* celui entre les mains duquel cette saisie se fait, et *saisissant,* celui qui la fait.

Notre article, reproduisant ici le n° 469 de Pothier, déclare que celui qui, au mépris de la saisie pratiquée entre ses mains, paye néanmoins

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Payement, n°s 57 et suiv.).

son créancier, s'expose ainsi à faire un second payement au saisissant, sauf, bien entendu, son recours contre son créancier, dont il se trouve par là avoir payé la dette deux fois.

690. On s'est demandé si, dans le cas où la somme due par le tiers saisi excéderait celle pour sûreté de laquelle la saisie est faite, ce tiers saisi pourrait sans danger payer l'excédant au créancier. Ainsi, vous devez 2 000 francs à Pierre, qui lui-même m'en doit 800, à raison desquels je pratique une saisie entre vos mains; pourrez-vous sans danger payer à Pierre les 1 200 francs formant la différence? Il semblerait au premier abord que vous le pouvez, et pourtant c'est avec raison qu'on décide le contraire (Duranton, XII, 65).

En effet, l'opposition que je vous fais n'est pas seulement une défense de faire le payement des 800 francs qui sont dus, c'est une défense de faire aucun payement qui puisse nuire à l'acquittement de ma créance; or, il pourrait arriver que la somme de 800 francs par vous conservée ne suffise pas pour me désintéresser, et que je n'aie pas ce que j'aurais pu avoir si vous aviez conservé en entier les 2 000 fr... Ainsi, que postérieurement au payement que vous avez fait des 1 200 francs d'excédant, un second créancier de Pierre vienne saisir à son tour pour 800 francs également, ce second créancier et moi (en supposant qu'il n'existe entre nous aucune cause de préférence) viendrons par contribution, au marc le franc, sur les 800 francs par vous conservés; car la priorité de saisie ne donne aucune faveur à la créance. Chacun de nous prendra donc 400 francs; et comme c'est par votre faute, et par l'effet du payement que vous avez fait contre ma défense, que je me trouve réduit à la moitié de ma créance, j'aurai le droit de vous demander les autres 400 francs, sauf à vous votre recours contre Pierre. Il est évident, au surplus, que le second saisissant, quoique votre payement de 1 200 francs le réduise aussi à n'avoir que 400 francs au lieu de 800, ne pourra pas se faire payer la différence par vous : il ne le pourra pas, puisque votre payement des 1 200 francs était antérieur à sa saisie, et ne s'est pas fait dès lors au mépris de cette saisie.

En un mot, les créanciers dont la saisie existe lors du payement fait par le tiers saisi, sont les seuls qui puissent faire déclarer ce payement nul; mais ils peuvent le faire déclarer nul pour tout ce dont ils se trouvent privés par suite de ce payement (1).

4° *Comment et en quel état la chose doit être payée.*

1243. — Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.

691. Le payement consistant dans la prestation de la chose ou l'ac-

(1) *Voy.* Roger (*Saisie-arrêt*, n°s 427 et suiv.).

complissement du fait qui constitue l'objet de l'obligation, il est clair que le créancier ne peut pas être contraint à se contenter de tel objet à la place de tel autre : le créancier peut très-bien consentir à cette substitution, mais elle ne peut pas lui être imposée (1).

Quand le créancier consent ainsi à changer l'objet de la dette, il y a remplacement de l'obligation primitive par une obligation nouvelle et différente ; en sorte que l'obligation primitive s'éteint alors par la *novation* (dont nous nous occuperons à la section II) pour faire place à une autre obligation qui s'éteindra par le *payement*. Ainsi, quand je vous devais 2 000 francs, et que vous consentez à m'en tenir quitte moyennant que je fasse tel voyage pour vous, ma première obligation de 2 000 francs est éteinte par *novation*, et le voyage que j'accomplis est le *payement* de la seconde.

Lorsque c'est par une translation de propriété, par une *dation*, que l'on éteint en la novant l'obligation primitive ; par exemple, lorsque, devant vous payer 1 000 francs, ou faire pour vous tel voyage, ou vous peindre un tableau, vous consentez à me tenir quitte au moyen de l'abandon de mon cheval, on dit qu'il y a alors *dation en payement*, c'est-à-dire *dation en place d'un payement*, ce qui signifie TRANSLATION DE LA PROPRIÉTÉ D'UNE CHOSE *qui n'était pas l'objet de l'obligation*, *translation* QUI REMPLACE LE PAYEMENT *ou exécution directe de ce à quoi le débiteur était d'abord tenu*. — La dation en payement est donc un cas de novation.

1244. — Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le payement d'une dette, même divisible.

Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état.

SOMMAIRE.

I. Les juges peuvent accorder des délais de payement, c'est-à-dire des termes pour effectuer le payement par fractions. Réfutation de la doctrine de M. Duranton.

II. Ils le peuvent nonobstant toute stipulation contraire.

III. Ils le peuvent même quand la dette est établie par acte authentique. Dissentiment avec les auteurs. — Cas où cesse la faculté.

I. — 692. Un débiteur n'a pas le droit de faire par fractions et à diverses époques le payement pour lequel il n'a pas stipulé cette faculté : ce serait payer moins qu'il ne doit : *minùs solvit, qui tardiùs solvit* (2). Mais le troisième alinéa de notre article autorise, par exception, les tribunaux à donner cette facilité au débiteur, quand ils la ju-

---

(1) Ainsi, le porteur d'un effet de commerce ne peut être contraint d'en recevoir le payement en billets de la Banque de France ; il peut exiger le payement en espèces. Cass., 7 avr. 1856 (Dev., 57, II, 103 ; Dall., 56, I, 217). Voy. *Dict. not.* (vº Payement, nºs 100 et suiv.).

(2) Voy. *Dict. not.* (vº Payement, nºs 117 et suiv).

geront absolument nécessaire pour lui et sans préjudice pour le créancier.

Tout le monde n'admet pas cette idée, qui nous paraît cependant incontestable : M. Duranton (XII, 88), et il a été suivi par M. Dalloz (section Ire, art. 1, § 5, n° 24), soutient très-vivement que le juge peut bien accorder un délai pour effectuer le payement, mais qu'il ne peut jamais diviser ce payement. Cette erreur a trop d'importance dans la pratique, et le savant professeur met trop d'insistance à la faire adopter, pour que nous n'apportions pas tout notre soin à la réfuter ici.

M. Duranton dit que la question n'est résolue ni par le texte de l'article, ni par sa discussion au conseil d'État; il nous paraît, au contraire, qu'elle est résolue assez clairement déjà par le texte, et plus clairement encore par la discussion au Conseil.

Et d'abord, pour le texte, la conjonction *néanmoins* (que M. Duranton appelle un adverbe) indique déjà que le second paragraphe de l'article apporte une exception au principe posé par le premier; or, ce principe étant que le créancier ne peut pas être forcé à recevoir son payement par parties, c'est donc bien du cas exceptionnel de payement par parties qu'il s'agit... En outre, le paragraphe parle d'accorder *des délais* (au pluriel) *pour le payement* (au singulier), ce qui indique bien plusieurs versements faits pour opérer un seul payement, par conséquent, un payement fait par fractions; et nous allons voir, en effet, que si les rédacteurs ont employé ce mot *délais* pour signifier les différents termes d'un payement fractionné, c'est précisément parce que, à raison des circonstances, il exprimait plus énergiquement leur pensée.

Voyons maintenant la discussion au Conseil, discussion que M. Duranton rapporte tout entière et déclare ensuite insignifiante : « Le consul Cambacérès demande si cet article autoriserait le juge *à prononcer la division du payement même lorsqu'il y aurait une stipulation contraire*... M. Bigot-Préameneu dit qu'il n'a pas été dans l'intention de la section de donner à la déposition l'*étendue* dont a parlé le consul. » Qui ne voit déjà que la question du consul n'était pas de savoir si la division serait possible, mais bien si elle le serait en face d'une stipulation contraire, à quoi on répond qu'*une telle étendue* n'a pas été dans l'intention de la section? Mais la fin du procès-verbal ne laisse pas de doute... « M. Treilhard expose l'esprit de l'article. Il dit que... on a supposé un débiteur qui, prouvant qu'il est solvable, demande un court délai pour une partie du payement. Dans ce cas, d'après l'article, le juge le condamne pour la totalité, *mais il gradue les termes du payement*. L'ARTICLE EST ADOPTÉ. » (Fenet, XIII, p. 77.) Ainsi, l'article est adopté sans aucune observation nouvelle, immédiatement après que M. Treilhard en *a exposé l'esprit* dans ce sens que *le juge gradue les termes du payement*. En vérité, qu'est-ce que M. Duranton voudrait de plus clair?

Mais ce n'est pas tout encore; et si M. Duranton avait mieux connu

les travaux préparatoires, si le savant professeur avait lu le texte de l'article qu'on adoptait ainsi, il aurait vu que le fait même de son adoption, abstraction faite de toute observation, prouvait très-clairement la faculté pour le juge d'autoriser le payement fractionné. En effet, l'article, lors de son adoption par le Conseil, était ainsi conçu : « Le débiteur ne peut point forcer le créancier de recevoir en partie le payement d'une dette même divisible. — Le juge peut néanmoins, en considération de la position du débiteur... autoriser *la division du payement ;* le juge ne peut user de ce pouvoir qu'avec une grande réserve. » (Fenet, XIII, p. 25, art. 140.)

Tel était l'article qu'on déclarait adopter; et il est dès lors impossible de dire qu'il s'agissait d'accorder un délai pour le payement, mais non la division de ce payement. Il n'est pas possible non plus de faire croire, comme l'essaye aussi M. Duranton, qu'il s'agit du cas où le créancier serait d'accord avec son débiteur pour lui accorder le fractionnement qu'il demande. On conçoit difficilement qu'un jurisconsulte ait pu émettre une pareille idée. Il est bien clair que, s'il s'agissait d'une division consentie par le créancier, il n'eût pas été besoin d'un article de la loi pour donner au juge le pouvoir de la prononcer; on n'eût pas recommandé au juge de n'user de ce pouvoir qu'avec une grande réserve; on n'eût pas discuté sur le point de savoir si cette division serait encore possible en présence d'une stipulation contraire!

693. La seule objection à prévoir maintenant serait celle que l'on pourrait tirer du changement de rédaction apporté au texte primitif à la suite des observations du Tribunat. Mais ce changement ne fait que confirmer encore le droit pour le juge de permettre le payement divisé.

En effet, le Tribunat avait demandé la suppression du second paragraphe de notre article, et l'avait demandée avec instance. « C'était là, selon lui, une disposition dangereuse et prêtant trop à l'arbitraire; c'était une violation du principe que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; c'était un germe qui ferait éclore une multitude prodigieuse de demandes *en termes et délais.* » (Fenet, XIII, p. 157.) Mais le conseil d'État, préoccupé, à tort ou à raison (et avec beaucoup de raison, selon nous), de la dureté parfois aussi ridicule qu'impitoyable de certains créanciers, ne tint aucun compte de ce vote; et, pour rendre son refus plus énergique, il voulut, dans la rédaction nouvelle que nécessitait un autre changement dont nous parlerons plus loin (n° III), formuler sa règle première dans les termes mêmes où elle avait été critiquée. Le Tribunat demandait qu'il ne fût pas permis d'accorder *des délais ;* le Conseil lui répondit qu'il serait loisible au juge d'accorder *des délais*... Il est bien évident que la concession de délais de payement, autorisée par le texte actuel, est celle dont le Tribunat demandait la suppression; or, ce que le Tribunat voulait faire supprimer, c'était, d'après le texte même de la disposition qu'il critiquait, la faculté de *diviser le payement*.

Il demeure donc certain que les juges peuvent fractionner le payement, et non pas seulement le retarder (1).

II. — 694. Un point plus délicat est celui que soulevait Cambacérès, et qui consiste à savoir si la faculté existera pour le juge en face d'une stipulation contraire.

Il est vrai que M. Bigot-Préameneu a déclaré qu'on n'avait pas entendu donner à la règle une aussi grande étendue, ainsi qu'on vient de le voir; mais comme la restriction par lui indiquée n'est point écrite dans le texte, où rien n'y fait allusion; comme elle n'a point été annoncée non plus au Corps législatif, dans le discours du gouvernement, où l'on s'est contenté de répéter que « le créancier ne peut pas être forcé à recevoir son payement partiellement, à moins que le juge, dans des circonstances extraordinaires, ne croie devoir accorder des délais modérés pour ce payement par des motifs d'humanité » (Fenet, XIII, p. 266 et 267), la question de savoir dans quel sens le Corps législatif a voté l'article demeure intacte. Or le sens dans lequel la loi doit s'appliquer n'est pas celui dans lequel elle a été préparée par le conseil d'État, mais bien celui dans lequel elle a été votée par les législateurs. Donc, malgré les paroles de M. Bigot, qui se trouvent comme non avenues faute d'avoir été reproduites devant le Corps législatif, la question doit se décider par le texte seul, au moyen des principes généraux et du raisonnement.

Or, puisque l'article signifie que le juge peut ordonner un payement fractionné, et que cette règle est posée par le texte absolument et sans restriction pour le cas d'une stipulation contraire, c'est déjà une raison pour décider que l'article a dû être voté et doit s'appliquer avec cet effet absolu. En outre, il a été dit et répété au Corps législatif que la règle était portée comme *principe d'humanité,* que les juges ne devaient l'appliquer que pour des circonstances très-graves, et quand ils croiraient vraiment faire en cela *un acte d'humanité;* mais puisqu'il s'agit de protéger de malheureux débiteurs contre l'inhumanité de certains créanciers, comment faire cesser ce pouvoir des tribunaux par la raison que le créancier aura eu soin de stipuler l'impossibilité d'obtenir aucun adoucissement même dans les circonstances les plus impérieuses, c'est-à-dire par la raison peut-être qu'on sera précisément en face d'un créancier plus impitoyable?... Puisque la règle est portée comme principe d'humanité, c'est donc une disposition d'ordre public; et par conséquent les parties n'y peuvent pas déroger par convention : il en doit d'autant mieux être ainsi que, si la clause dérogatoire était permise, elle ferait bientôt partie de la plupart des conventions, en sorte que la règle serait anéantie. Il n'y a, enfin, aucun danger, puisqu'il s'agit ici, non pas d'une de ces règles impératives ou prohibitives qui peuvent, par leur fixité même, se trouver tantôt équitables et tantôt iniques, selon les circonstances, mais

---

(1) Rej., sur arrêt de Rouen, 20 déc. 1842 (Dev., 43, I, 223). *Conf.* Larombière (art. 1244, n° 25); Aubry et Rau (III, § 319, p. 113); Massé et Vergé (III, § 561, note 4).

d'une simple faculté soumise à la conscience des magistrats et à l'appréciation par eux faite des circonstances de chaque affaire : si la clause n'a été stipulée, par un créancier loyal, qu'en raison de l'urgence qu'il y avait pour lui d'être soldé au moment convenu, les juges n'accorderont pas les termes de payement; mais s'il s'agit d'un méchant usurier auquel les délais qu'il refuse ne causeraient aucun préjudice sensible, tandis qu'ils empêcheraient peut-être la ruine du débiteur, la stipulation faite par ce créancier, stipulation qui n'est ici qu'une nouvelle preuve de sa dureté, sera une raison de plus pour accorder à sa victime la protection de notre article.

Il faut donc reconnaître que notre règle a dû être votée par les législateurs, et qu'elle doit s'appliquer dans son sens absolu (1).

III. — 695. Une dernière difficulté que présente notre article, c'est de savoir s'il s'applique aux obligations constatées par un titre exécutoire, par un acte notarié, aussi bien qu'aux autres. L'article ne faisant aucune distinction, il paraît tout naturel de répondre affirmativement; et cependant tous les interprètes du Code Napoléon tiennent pour la négative (2).

Malgré ces autorités, nous regardons comme étant aussi peu juridique que peu humaine cette doctrine, qui est heureusement repoussée par une jurisprudence constante.

Pour soutenir que des termes de payement ne peuvent jamais être accordés dans le cas d'un titre exécutoire, on dit que les juges ne peuvent les accorder que dans le jugement par lequel ils condamnent à payer, et qu'il n'y aura pas lieu à un pareil jugement en cas d'acte notarié, puisque cet acte emporte exécution forcée par lui-même. Mais, d'abord, il peut fort bien y avoir lieu à contestation et à jugement à l'occasion d'un titre exécutoire, et cela se présente tous les jours; puis où a-t-on vu qu'un débiteur malheureux ne pourrait pas s'adresser *de plano* à la justice pour obtenir le bénéfice de notre article?... On invoque l'art. 122 du Code de procédure qui déclare que, quand les juges accorderont des délais pour l'exécution de leurs jugements, ils ne pourront le faire que dans le jugement même qui statue sur la contestation et ne pourraient plus le faire par un jugement postérieur; et on en donne pour motif que le premier jugement portant la formule, apposée au nom de la souveraineté, *Mandons et ordonnons*, etc., il y aurait manque de respect à la suprême autorité à contredire ce qui avait été ainsi ordonné d'abord; or, dit-on, l'acte notarié porte aussi la formule *Mandons et ordonnons*. Mais n'est-ce pas là une idée fausse et puérile? le motif de l'art. 122 n'est-il pas que les délais ne devant être accordés que pour des causes très-graves, ces causes ont nécessairement

(1) Delvincourt (t. II); Taulier (IV, p. 371); Carré et Chauveau (quest. 529); Thomines-Desmazures (I, 138); Rodière (I, p. 369); Colmar, 29 juill. 1850 (Dev., 51, II, 272). *Contrà :* Larombière (art. 1244, n° 28); Aubry et Rau (III, § 319, p. 114).

(2) Merlin (*Quest.*, v° Exécut. parée); Toullier (VI, 660); Delvincourt (t. II); Duranton (XII, 89); R. de Villargues (*Rép.*, v° Acte authentique); Dalloz (n° 26); Zachariæ (II, p. 368); Favard (*Jugem.*, sect. 1, § 2, n° 5); Duvergier (sur Toull.). Voy. *Dict. not.* (v° Payement, n° 142).

dû être indiquées par le débiteur et reconnues par le juge avant le premier jugement; en sorte que les délais accordés par répit dans un jugement postérieur sont présumés motivés par des raisons trop faibles, puisqu'on ne les avait pas remarquées d'abord? Cette idée d'un respect ridicule, et impossible même, pour la formule exécutoire, n'est-elle pas démentie matériellement; ne voit-on pas tous les jours un tribunal anéantir, sur appel, les jugements exécutoires d'autres tribunaux, ou encore, sur opposition, les jugements qu'il avait rendus lui-même par défaut et qui étaient parfaitement bien revêtus de la formule exécutoire?... Aussi voyons-nous l'art. 2212, en matière d'expropriation forcée, permettre aux tribunaux de suspendre les poursuites et d'accorder un délai, quoiqu'il s'agisse *nécessairement* dans ce cas d'un titre exécutoire (art. 2213).

On a enfin prétendu que l'exclusion du cas d'actes exécutoires résultait de la suppression opérée dans l'article sur les observations du Tribunat. C'est une erreur qu'il importe de relever. La suppression opérée dans l'article n'exerce aucune influence sur la question qui nous occupe.

L'article du projet permettait au juge d'accorder la division du payement dans deux cas : 1° en considération de la disposition du débiteur; 2° en cas de contestation sur une partie de la dette (Fenet, p. 25). Or, c'est seulement pour motiver la suppression de ce second cas (et après avoir déjà demandé la suppression du premier, par d'autres motifs que nous avons indiqués au n° I), que le Tribunat a parlé des titres exécutoires. « A l'égard *de la deuxième phrase* du paragraphe, disait-il, la section désire qu'elle soit supprimée, par un motif infiniment simple : ou le titre est exécutoire, ou il ne l'est point. Dans le premier cas, le juge ne peut arrêter l'exécution; dans le second, l'exécution est suspendue de plein droit, dès qu'il y a contestation. » (Fenet, p. 158.) Ainsi, l'idée du Tribunat était celle-ci : « Il n'y a pas lieu de faire une disposition de loi pour autoriser le juge à suspendre l'exécution par le motif qu'il y a contestation; car si la dette pour laquelle il y a contestation ne s'appuie pas sur un titre exécutoire, il va de soi qu'on ne pourra pas exécuter; que s'il y a titre exécutoire, les tribunaux ne peuvent pas en arrêter l'exécution, par cela seul qu'il y a contestation du débiteur. » Mais de ce que le Tribunat, et après lui le conseil d'État en réalisant la suppression de ce second cas, ont reconnu qu'un tribunal ne pourrait pas arrêter l'effet d'un titre exécutoire par le motif qu'il y aurait contestation, il n'y a évidemment ni raison ni prétexte pour en conclure qu'il ne peut pas non plus en retarder l'exécution dans le cas tout différent où le débiteur, sans contester la dette, demande précisément un retard d'exécution, cas dont le Tribunat demandait aussi la suppression, mais *par d'autres motifs*, et dont le conseil d'État et le Corps législatif ont, au contraire, consacré le *maintien!*

C'est donc avec raison que la jurisprudence, considérant la disposition générale et absolue de l'article, et comprenant d'ailleurs que les motifs d'humanité qui l'ont dicté ont la même force dans tous les cas,

le déclare applicable à la convention constatée par acte en forme exécutoire aussi bien qu'à toute autre (1).

696. Au surplus, la faculté, pour le juge, d'accorder les délais de grâce dont il s'agit ici cesse, et les délais déjà accordés deviennent sans effet : 1° lorsque les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers (C. pr., art. 124) ; 2° lorsque ce débiteur est en faillite ou en déconfiture (*ibid.*) ; 3° lorsqu'il est en état de contumace ou en prison (*ibid.*) ; 4° lorsque par son fait, et sans le consentement du créancier, il a supprimé ou diminué les sûretés que par le contrat il avait données à ce créancier (*ibid.*, et C. Nap., art. 1188), et aussi, par analogie, lorsqu'il laisse passer sans s'acquitter l'un des termes du payement que le juge avait d'abord accordés ; 5° enfin, quand il s'agit d'effets de commerce négociables (C. com., art. 157 et 187).

1245. — Le débiteur d'un corps certain et déterminé est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure.

697. Puisqu'à l'impossible nul n'est tenu, et que, par conséquent, la destruction entière de l'objet dû, lorsqu'elle est arrivée sans la faute ni le fait du débiteur, dispense ce débiteur de rien livrer (art. 1302), il est clair que s'il y a eu destruction partielle, c'est-à-dire simple détérioration de cet objet dû, le débiteur sera libéré en livrant l'objet détérioré. Mais, bien entendu, il faut pour cela que la détérioration ne provienne ni de la faute du débiteur, ni même de son simple fait : puisque la faute, comme on le sait, loin de pouvoir jamais éteindre l'obligation, la ferait naître, au contraire, contre celui qui en était exempt ; et que le simple fait non répréhensible, s'il ne peut pas faire naître une obligation, ne saurait non plus éteindre une obligation préexistante.

Notre article a donc raison de parler du *fait* et de la *faute ;* et il ne faut pas dire, comme on l'a fait souvent, que la seconde expression fait double emploi avec la première. Car s'il peut y avoir fait sans faute, il peut aussi y avoir faute sans fait, puisqu'on peut pécher par simple omission, et que l'expression générique *fait* ne peut embrasser que les fautes par commission, par action.

698. Du reste, s'il était nécessaire d'exiger l'absence de la faute et du fait, cela suffisait aussi, et il n'était pas indispensable d'ajouter le cas de mise en demeure. La demeure, en effet, est déjà une faute : *qui in morâ est, culpâ non vacat*. Mais, puisque notre article prévoyait ex-

---

(1) Aix, 17 déc. 1813 ; Bordeaux, 28 fév. 1814 ; Metz, 21 juin 1821 ; Pau, 12 juin 1822 ; Agen, 6 déc. 1824 ; Rej., 1er fév. 1830 ; Paris, 23 avril 1831, 2 août 1849 ; Colmar, 29 juill. 1850 (Dev., 31, II, 162 ; 49, II, 527 ; 51, II, 272) ; Alger, 17 fév. 1864 (Dev., 64, II, 184). *Conf.* Larombière (art. 1244, n° 23) ; Aubry et Rau (III, § 319, p. 114) ; Massé et Vergé (III, § 561, note 2, p. 429).

pressément ce cas de demeure, il aurait dû ajouter, comme a soin de le faire l'art. 1302, que la demeure ne nuirait pas au débiteur, s'il était prouvé que la détérioration se serait accomplie malgré la livraison faite au temps voulu : la demeure n'est plus une faute quand elle ne fait aucun tort au créancier.

Il faut donc compléter l'un par l'autre ces deux art. 1245 et 1302, qui sont deux conséquences du même principe, en rétablissant dans le second le *fait* dont parle le premier, et dans celui-ci l'idée subsidiaire que l'autre a soin d'ajouter quant à la demeure.

On comprend parfaitement pourquoi la règle posée dans notre article pour la détérioration de la chose, et reproduite dans l'art. 1302 pour sa destruction, ne s'applique que dans le cas d'un corps certain, d'un objet individuellement déterminé : c'est seulement quand je vous dois *tel cheval*, et non pas quand je vous dois simplement *un cheval*, que la mort ou la détérioration de l'animal que j'avais dans mon écurie peut me mettre dans l'*impossibilité* de vous livrer en bon état l'objet qui vous était dû.

1246. — Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce, mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

699. Quand l'objet de la dette n'est pas déterminé *in ipso individuo*, mais seulement par son espèce, ou si l'on veut par son genre; par exemple, quand je vous ai promis un cheval, une pièce de vin, etc., il est clair qu'on ne peut pas me contraindre à livrer un objet de premier choix; mais la bonne foi avec laquelle les conventions doivent s'exécuter (art. 1134) ne me permet pas non plus de vous donner le plus mauvais que je pourrai trouver. Je devrai vous livrer une chose de qualité moyenne, ordinaire. Nous avons déjà vu la même règle posée pour l'exécution des legs (art. 1022).

Les circonstances du contrat serviront souvent à préciser et à limiter, dans l'espèce plus grande (qui devient un genre), la sous-espèce (ou espèce proprement dite) dans laquelle le choix du débiteur peut s'exercer. Ainsi, quand je vous ai acheté *un cheval*, sans rien désigner autrement, il sera facile de voir, par ma profession même, et par le prix convenu, s'il s'agit d'un gros cheval destiné au labour et aux charriages, ou d'un cheval de luxe; c'est après cette première détermination faite que la règle de notre article s'appliquera, par la livraison d'un cheval de moyenne qualité dans l'espèce de chevaux reconnue être celle que les parties ont eue en vue. — Ces règles s'appliqueraient également si, par la convention, le choix avait été attribué au créancier. Ainsi, quand nous sommes convenus que je vous procurerai pour tel prix un cheval que vous choisirez vous-même, c'est par le prix convenu, et par l'ensemble des autres circonstances, que l'on verra de quelle espèce de chevaux nous avons entendu parler; puis cette espèce

une fois connue, vous devrez y choisir un cheval de bonne qualité moyenne.

700. Mais il n'en est ainsi, et la partie à laquelle le choix appartient n'est privée du droit absolu de prendre tel objet qu'elle voudra, que quand la chose ne se trouve pas déterminée dans la convention autrement que par son espèce. Si, par exemple, je me suis obligé à vous livrer, non pas simplement *un cheval,* mais *un des chevaux qui sont dans mon écurie,* cette détermination plus étroite a pour effet tout naturel de permettre à la partie à qui le choix appartient de choisir celui des chevaux qu'elle voudra. Ce droit de choix absolu existerait encore, alors même qu'il devrait s'exercer dans toute une espèce, ou, si l'on veut, dans tout un genre, s'il était prouvé, par les termes de la convention ou autrement, que telle a été la pensée des parties; et la règle qu'il faut s'en tenir à une chose de qualité moyenne ne s'applique qu'autant que rien n'indique une volonté différente.

5° *Où et aux frais de qui doit se faire le payement.*

1247. — Le payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le payement, lorsqu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

Hors ces deux cas, le payement doit être fait au domicile du débiteur.

701. Trois règles sont tracées ici quant au lieu où doit se faire le payement.

1° Il est d'abord évident qu'il doit se faire au lieu convenu, lorsque ce lieu est en effet indiqué par la convention, soit expressément, soit tacitement : ainsi, quand je rencontre à Turin, pendant les vacances, un ami demeurant comme moi à Paris, et que je conviens de lui céder mon cheval pour tel prix après notre retour commun des vacances, il est bien clair que, quoiqu'on ne s'en soit pas expliqué, le cheval devra être livré à Paris et non pas à Turin.

2° Lorsqu'il n'y a aucune indication ni expresse ni tacite, et qu'il s'agit d'un objet individuellement déterminé, cet objet doit se livrer dans le lieu où il était au moment où l'on a formé la convention.

3° Quand, en l'absence d'indication du lieu du payement, il s'agit de choses non déterminées *in individuo,* le payement doit se faire au domicile du débiteur, à moins pourtant qu'il ne s'agisse d'un prix de vente qui doive être payé comptant lors de la livraison de l'objet vendu; car alors le payement de ce prix, d'après l'art. 1651, doit se faire au même lieu que la livraison de l'objet vendu.

702. Quand nous disons avec la loi que, dans le troisième cas, le payement doit se faire au domicile du débiteur, nous entendons parler du domicile que le débiteur se trouve avoir au moment du payement, et non pas de celui qu'il pouvait avoir au moment de la convention et

qu'il aurait changé depuis. M. Duranton, il est vrai (XII, 101), entend notre article dans ce dernier sens ; mais cette interprétation nous paraît contraire et au texte et à l'esprit de la loi (1).

Quant au texte : dire que le *payement* doit se faire *au domicile,* c'est évidemment indiquer le lieu qui est domicile au jour du payement. Si la loi avait entendu le lieu qui a pu être le domicile au jour du contrat, elle aurait nécessairement pris soin de l'expliquer, comme elle a soin d'expliquer, pour le second cas, qu'il s'agit, non pas du lieu où l'objet se trouve lors du payement, mais de celui où il se trouvait lors de la convention. — Quant à l'esprit : il suffit de remarquer que cette règle du Code est fondée sur la volonté du législateur de favoriser les débiteurs et de faciliter les libérations. Le doute n'est pas possible quand on se reporte au passage de Pothier, dont on a extrait notre article ; car Pothier dit, d'après Dumoulin, que la chose devra être payée au lieu où elle doit être demandée, *ubi petitur ;* or, il est bien clair que la *demande* doit être portée au domicile *actuel* du débiteur (art. 59 C. proc.), et non à celui qu'il avait lors de la convention (Pothier, n° 513).

1248. — Les frais du payement sont à la charge du débiteur.

703. Il est tout naturel que les frais à faire pour le payement soient à la charge de celui qui doit payer, puisqu'ils ne sont que les moyens de réaliser ou de constater le payement dont il était tenu. Ainsi, c'est au débiteur d'apporter la chose due à l'endroit où il doit la livrer, et c'est à lui également de payer les frais de quittance. Une application bien simple de cette règle, c'est que, quand il s'agit de donner une mainlevée d'hypothèque, cette mainlevée n'étant rien autre chose que la quittance, que l'on donne à l'immeuble, de la dette qui le grevait, c'est à cet immeuble (c'est-à-dire au débiteur son propriétaire), et nullement au créancier, de payer les frais de la mainlevée.

Du reste, si le débiteur doit les frais du payement, il ne doit rien au delà ; et, par conséquent, si c'est à lui de supporter les frais nécessaires pour mettre la chose à votre disposition, c'est à vous, au contraire, de payer les frais à faire pour l'enlèvement et le transport de cette chose (art. 1608).

D'après le décret du 1er juillet 1809, dans les payements, faits en pièces d'argent, de sommes de 500 francs et au-dessus, le débiteur est tenu de fournir le sac et la ficelle, et il a le droit de retenir ou de se faire payer 15 centimes (2) par sac ; chaque sac doit être d'une dimension à contenir au moins 1 000 francs, et, par conséquent, le débiteur ne peut pas livrer, ou du moins faire payer plus de sacs qu'il n'y a de fois 1 000 francs, sauf un de plus pour un excédant de 500 francs : ainsi, un sac, de 500 à 1 000 ; deux sacs, de 1 500 à 2 000 francs, etc.

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Payement, n° 163).
(2) 10 centimes depuis le décret du 17 nov. 1852.

§ 2. — Du payement avec subrogation.

704. Nous avons expliqué, sous l'art. 1236, nos I et IV, assez longuement pour n'y pas revenir ici, que la subrogation ne peut pas être, comme on le dit cependant si souvent, le transport, d'un créancier à un autre, *de la créance* qui appartenait au premier, mais bien le transport, du créancier antérieur au créancier nouveau, *des garanties* de la créance du premier. Sans cela, en effet, et si la subrogation était le transport de la créance elle-même, comme d'ailleurs tout payement opère l'extinction de la dette, il s'ensuivrait que les mots *payement avec subrogation* signifieraient *suppression avec conservation, transport d'une créance que l'on vient d'anéantir,* tandis qu'ils signifient tout simplement *extinction d'une créance avec transport de ses garanties sur la créance nouvelle qui vient la remplacer.*

1249. — La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye, est ou conventionnelle ou légale.

705. La subrogation peut résulter d'une convention ou des dispositions mêmes de la loi. L'art. 1250 va s'occuper de la subrogation conventionnelle; l'art. 1251, de la subrogation légale; après quoi l'art. 1252 trace des règles communes à l'une et à l'autre.

1250. — Cette subrogation est conventionnelle,

1° Lorsque le créancier recevant son payement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur : cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le payement;

2° Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et que dans la quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier.

SOMMAIRE.

I. La subrogation conventionnelle peut être opérée, 1° par le créancier, sous ces deux conditions : déclaration expresse; simultanéité de la subrogation et du payement.
II. Critique de Toullier, qui enseigne que quatre conditions sont nécessaires.
III. Différences entre la subrogation consentie par le créancier et la cession.
IV. La subrogation conventionnelle peut être opérée, 2° par le débiteur, sous deux conditions également.

I. — 706. La subrogation conventionnelle peut avoir lieu : 1° entre

le créancier et un tiers, sans le concours du débiteur; et 2° entre le tiers et le débiteur, sans le concours du créancier.

1° La subrogation peut être effectuée par la volonté du créancier, au profit de la personne qui le paye, au moyen de ces deux seules conditions : que cette subrogation soit expresse; qu'elle soit faite au moment même du payement (1).

Il faut d'abord que la subrogation soit expresse. Mais ceci ne signifie pas, bien entendu, qu'elle doive être conçue dans les termes dont se sert notre article. Ainsi, il suffit bien que le créancier déclare qu'il *subroge* la personne qui le paye, et il n'est pas nécessaire de dire qu'il la subroge *dans tous ses droits, actions, priviléges,* etc. La Cour de Riom a donc commis une erreur évidente, lorsqu'elle a jugé, le 12 janvier 1809, qu'il n'y avait pas subrogation pleine et entière dans l'acte par lequel le créancier avait déclaré *subroger* le sieur Bonnet *à l'effet des deux billets* qu'il avait contre le sieur Burret : il n'y a pas, quant aux effets, plusieurs espèces de subrogation; la loi n'admet pas une subrogation totale et une subrogation partielle, et du moment que le créancier a déclaré *subroger,* il est évident qu'il y a subrogation complète. Il n'est pas même nécessaire que le créancier ait employé le mot *subroger;* il est bien clair que la subrogation existerait si, au lieu de mettre le mot, il avait expliqué la chose, en disant qu'*il substitue la personne en son lieu et place pour exercer ses droits*. En un mot, la subrogation doit être exprimée dans l'acte; mais il importe peu en quels termes elle est exprimée. — La seconde condition requise par la loi, c'est que la convention de subrogation pour la personne qui paye se fasse en même temps que le payement lui-même; elle serait impossible après le payement fait, puisque ce payement, ayant eu lieu sans subrogation, aurait éteint non-seulement la créance, mais ses accessoires, et que ces accessoires étant une fois éteints, il est clair qu'on ne pourrait plus les transporter. Mais nous pensons, comme M. Dalloz (v° Obligat., p. 561, n° 3), que rien ne s'oppose à ce que la convention de subroger se fasse avant le payement; car, alors, c'est toujours au moment même du payement que la subrogation, consentie à l'avance, se réalise, et les deux conditions voulues (1° que la subrogation s'accomplisse lors du payement, 2° qu'elle soit exprimée dans la convention) se trouvent exister l'une et l'autre (2).

II. — 707. Au surplus, ces deux conditions sont les seules que la loi demande (3); et c'est, par conséquent, tomber dans l'arbitraire que d'exiger, comme le font Toullier (VII, 127) et son continuateur, M. Duvergier (*Vente,* II, 237), qu'il y ait, par application de l'art. 1690, signification, au débiteur, de l'acte de subrogation ou acceptation de

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Subrogation, § 2).

(2) *Voy.* Cass., 13 août 1855, 14 déc. 1858, 2 juin 1863 (Dev., 55, I, 769; 60, I, 987; 63, I, 335).

(3) Elle peut avoir lieu par un simple acte sous seing privé. Angers, 25 janv. 1849; Cass., 20 janv. 1857 (Dev., 49, II, 248; 57, I, 332; Dall., 49, II, 180; 57, I, 309); Toulouse, 11 juin 1864 (Dev., 64, I, 417).

cette subrogation par ce débiteur dans un acte authentique. Cet article 1690 ne parle que de la vente ou cession des créances, et nullement de la subrogation. Sans doute le subrogé doit se mettre en sûreté contre la mauvaise foi du créancier subrogeant, qui pourrait se faire payer par le débiteur ignorant la subrogation; mais il n'est pas forcé de le faire par les moyens qu'indique l'art. 1690; et une reconnaissance faite sous seing privé, par le débiteur, de la connaissance qui lui a été donnée, ou même le simple aveu de ce débiteur qu'on lui avait fait connaître le payement avec subrogation, suffiraient pour faire déclarer nul le payement qu'il aurait fait à son créancier malgré cette connaissance à lui donnée. De même, il suffirait au subrogé, pour se mettre en sûreté vis-à-vis des tiers et pour empêcher l'effet, soit d'une saisie entre les mains du créancier subrogeant, soit d'une cession ou d'une seconde subrogation, que ce créancier irait consentir de mauvaise foi; il suffirait, disons-nous, que l'acte qui constate le payement fait avec subrogation eût date certaine; et si Toullier tombe dans l'erreur en exigeant pour la subrogation les conditions que l'art. 1690 ne demande que pour la cession, il y tombe également quand il exige, pour que le subrogé acquière les droits du créancier subrogeant, la remise des titres de ce créancier (n° 126), ce qui ferait quatre conditions nécessaires pour la validité de la subrogation, tandis que la loi n'en demande que deux.

En vain Toullier invoque-t-il ici l'art. 1141, qui déclare que si, de deux personnes auxquelles on s'était obligé successivement de livrer une même chose, celle avec laquelle on a traité en second lieu est mise en possession, c'est elle qui demeurera propriétaire de la chose; car cet article n'a pas d'application possible au cas qui nous occupe. Cet art. 1141, en effet, ainsi que nous l'avons vu en l'expliquant, n'est que l'application, faite à un cas particulier, du principe général de l'art. 2279, d'après lequel la possession de bonne foi, pour les meubles, rend propriétaire immédiatement par prescription. Or nous verrons (et c'est un point constant) que l'art. 2279 ne parle que des meubles proprement dits, des meubles corporels, et nullement des créances; l'art. 1141, qui n'est que l'application de l'art. 2279, n'a donc rien à faire ici. Cette nouvelle erreur, au surplus, n'a rien d'étonnant chez Toullier, lui qui n'a compris ni l'art. 1141, comme on l'a déjà vu, ni même l'art. 2279, puisqu'il fait une longue dissertation (XIV, 105 et suiv.) pour soutenir, contre l'évidence, que la prescription des meubles ne s'accomplit sous le Code que par la possession *de trois ans!*

III. — 708. La subrogation n'étant point un achat de la créance, puisqu'elle suppose au contraire que cette créance est payée et par conséquent éteinte, il s'ensuit que, si cette subrogation avait été consentie pour une somme moindre que le montant de la créance, le subrogé, au lieu de pouvoir réclamer au débiteur le montant intégral de la créance, comme le pourrait un cessionnaire, ne pourrait lui demander que la somme qu'il aurait déboursée. En effet, quand j'achète une créance, c'est cette même créance qui m'appartient, quel que soit d'ail-

leurs le prix pour lequel je l'ai achetée, et c'est cette créance que j'ai à recevoir contre le débiteur. Il en serait de même encore si la créance m'avait été cédée gratuitement, puisque alors j'ai bien la créance qu'avait le précédent créancier. Mais quand, au contraire, j'ai fait un payement avec subrogation, le payement ayant éteint la précédente créance, ce n'est pas elle qui m'appartient; ce qui m'appartient, c'est une créance nouvelle résultant de ce que j'ai fait un déboursé pour le profit du débiteur. Je ne puis donc réclamer alors que ce déboursé, et non pas une ancienne créance qui n'existe plus.

Si pourtant, dans le cas d'un déboursé moindre que le montant de la créance, il résultait clairement, soit des termes de l'acte, soit des circonstances, que l'intention du créancier et du tiers a vraiment été que ce dernier eût la créance entière, il faudrait bien respecter cette volonté des parties; mais on ne pourrait le faire qu'en reconnaissant que les parties, malgré les termes inexacts dont elles ont pu se servir, ont fait une véritable cession, et non un payement avec subrogation.

Si, après un payement avec subrogation, on reconnaissait que la créance payée n'existait pas, l'action du subrogé contre le créancier payé ne serait pas, comme en cas de vente, l'action de garantie accordée par l'art. 1693; ce serait une action en restitution de l'indu, résultant de l'art. 1376. On comprendra plus tard que ces deux actions présentent des différences importantes.

L'art. 1252 nous présentera encore une nouvelle différence entre la cession et le payement avec subrogation.

IV. — 709. 2° La subrogation conventionnelle peut être opérée en second lieu, sans la participation du créancier, par le débiteur qui emprunte une somme pour se libérer. Pour cela, deux conditions sont encore nécessaires : 1° que l'acte d'emprunt et la quittance du créancier soient notariés; 2° qu'il soit exprimé, dans l'acte d'emprunt, que les deniers sont empruntés pour le payement à faire, et dans la quittance, que ce payement a effectivement été fait au moyen de ces deniers. Aucune autre condition n'est exigée; et il n'est pas même nécessaire de dire que la volonté des parties est que le prêteur soit subrogé aux droits du créancier : cette volonté résulte, en effet, assez clairement de la double indication qu'on a eu soin d'insérer dans l'acte d'emprunt et dans la quittance (1).

Les conditions exigées par la loi pour cette seconde espèce de subrogation conventionnelle, et qui l'avaient été dès l'origine, par l'ordon-

---

(1) La subrogation consentie par le débiteur n'est pas nulle, par cela seul que la somme prêtée n'a pas été remise au débiteur au moment même de l'acte d'emprunt, et que le versement qui en a été effectué quelque temps après entre ses mains n'a été constaté que par une quittance sous seing privé, si le créancier qu'elle a servi à payer en a donné lui-même ultérieurement une quittance authentique, et si les circonstances ne permettent pas de douter de l'origine des deniers et de la sincérité de l'opération. Cass., 28 avr. 1863 (Dev., 63, I, 289; Dall., 63, I, 331). *Voy.* aussi Cass., 14 fév. et 25 juill. 1865 (Dev., 65, I, 190 et 417). — Mais la subrogation est nulle si les juges déclarent, eu égard à l'intervalle de temps, que le payement n'a pas eu lieu réellement avec les espèces fournies par le prêteur. Cass., 16 mars 1852 (Dev., 52, I, 636). *Voy.* aussi Nîmes, 21 mai 1860 (Dev., 60, II, 303).

nance de Henri IV, lorsque cette subrogation fut permise pour la première fois (à l'effet de faciliter les remboursements de rentes arrivées, sous Charles IX, au denier douze, c'est-à-dire à plus de 8 pour 100), ont été requises dans la pensée de prévenir les fraudes par lesquelles un débiteur pourrait faire revivre après coup, au détriment de ses créanciers, des causes de préférence antérieurement éteintes (1).

1251. — La subrogation a lieu de plein droit,

1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques;

2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué;

3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter;

4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession.

SOMMAIRE.

I. Il n'y a que quatre cas de subrogation légale.
II. Développements sur chacun des quatre cas.

I. — 710. La subrogation se réalise de plein droit et par la seule force des dispositions de la loi dans les quatre cas qu'indique notre article, cas dans lesquels celui qui vient payer le créancier avait intérêt à le faire et à être substitué à ce créancier.

Du reste, quoique cette subrogation légale soit fondée sur l'intérêt que la personne avait à faire le payement, il faudrait se garder d'en conclure qu'elle doit avoir lieu au profit de toute personne intéressée au payement qu'elle a fait : la subrogation est de droit strict, c'est une exception, et elle ne peut pas avoir lieu, dès lors, en dehors des cas prévus par la loi (2).

II. — 711. La subrogation légale est admise,

1° Au profit du créancier qui paye un autre créancier ayant sur lui une cause de préférence. Ainsi, le créancier chirographaire qui paye le créancier hypothécaire de son débiteur se trouve de plein droit subrogé dans l'hypothèque de ce second créancier. On conçoit, en effet, que le premier créancier pouvait avoir grand intérêt à être substitué à son créancier, pour que celui-ci ne fît pas vendre en temps inopportun et à grands frais l'immeuble hypothéqué qui, ainsi vendu, n'aurait peut-être payé que la dette hypothécaire, tandis que, vendu en temps et d'une manière convenables, il donnera peut-être un prix suffisant pour acquitter les deux dettes. — Il en sera de même d'un

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Subrogation, § 3).
(2) Conf. *Dict. not.* (v° Subrogation, n° 83).

créancier hypothécaire qui paye un autre créancier hypothécaire ayant un rang antérieur, ou un créancier privilégié. — Et quoique la loi ne parle que de priviléges et d'hypothèques, il est clair que la règle existe pour tous les cas où le créancier payé avait sur l'autre une cause légale de préférence, quelle qu'elle fût : ainsi, quand de deux créanciers l'un a reçu l'immeuble du débiteur en antichrèse ou ses marchandises en gage (*voy.* art. 2071 et 2072), ce qui lui donne, à défaut de payement, le droit de faire vendre les biens dont il est ainsi nanti (art. 2073 et 2088), il est évident que l'autre créancier, s'il désintéresse le premier, sera subrogé à ses droits comme s'il payait un créancier hypothécaire : la position est la même; et si notre article parle de priviléges et d'hypothèques, c'est uniquement parce que ce sont là les causes de préférence les plus ordinaires (1).

2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèques qui paye une ou plusieurs de ces hypothèques. — Cet acquéreur est intéressé à faire ce payement et à être substitué aux créanciers qu'il paye; car il trouve dans cette substitution un moyen de conserver l'immeuble qu'il a acquis. En payant les premiers créanciers hypothécaires jusqu'à la concurrence d'une somme égale à la valeur du bien, il n'aura plus de poursuites à craindre ni de la part des créanciers payés (puisqu'ils sont désormais sans droit), ni de la part des créanciers postérieurs, qui n'auraient aucun intérêt à poursuivre une expropriation dont le produit serait absorbé par les hypothèques antérieures appartenant aujourd'hui à l'acquéreur. — Ce second cas prévu par notre article rentre évidemment dans le troisième, puisque celui-ci s'applique à toutes personnes qui, étant tenues avec d'autres ou pour d'autres au payement d'une dette, avaient intérêt de l'acquitter, et que votre acquéreur, intéressé au payement des créanciers hypothécaires, se trouve lui-même tenu à ce payement, non pas comme obligé personnellement, mais comme détenteur du bien hypothéqué. Ceci prouve qu'il ne faut pas s'attacher rigoureusement à la rédaction de notre alinéa, et explique pourquoi nous n'avons pas tenu compte des mots *qui emploie le prix de son acquisition*. En effet, si l'acquéreur avait employé au payement une somme au delà de son prix d'acquisition, ou quand même il aurait d'abord payé ce prix à son vendeur, et n'aurait désintéressé les hypothécaires qu'avec d'autres deniers, il n'en aurait pas moins la subrogation; et si on prétendait la lui refuser en s'armant, à tort, des termes de notre paragraphe, on voit qu'il l'aurait toujours d'après le paragraphe suivant. Si donc la loi a parlé ici de l'emploi du prix d'acquisition, c'est en se préoccupant *de eo quod plerumque fit*, et parce que, le plus souvent, l'acquéreur n'emploiera en effet que ce prix d'acquisition à l'acquittement des hypothèques.

Si l'hypothèque des créanciers que paye l'acquéreur s'étendait sur

(1) Jugé que la subrogation légale qui s'opère au profit du créancier qui paye un autre créancier ayant contre le débiteur commun une action résolutoire ne comprend pas cette action résolutoire, qui ne passe pas au créancier subrogé. Cass., 3 juill. 1854 (Dev., 54, I, 423).

d'autres immeubles que celui qu'il a acquis, il est clair que cet acquéreur, par l'effet de sa subrogation, se trouverait avoir hypothèque sur ces autres immeubles (1); le Code, n'ayant pas restreint l'effet de la subrogation à l'immeuble acquis, comme le faisait l'ancienne jurisprudence, l'acquéreur a donc exactement les mêmes droits que le créancier aux lieu et place duquel il est mis (2).

3° Au profit de toute personne qui avait intérêt à payer la dette, parce qu'elle y était tenue avec d'autres ou pour d'autres.

Ainsi, quand l'un des débiteurs solidaires paye en entier la dette, il est subrogé dans tous les droits du créancier contre ses codébiteurs *avec lesquels* il était tenu au payement; et quand le payement est fait par une caution, celle-ci est subrogée au droit du créancier contre le débiteur principal *pour lequel* elle était tenue. C'est aussi comme étant tenu *pour d'autres* qu'il faut considérer le détenteur d'un immeuble hypothéqué; on ne peut pas le regarder comme étant tenu *avec* le débiteur, mais seulement *pour* ce débiteur, puisque celui-ci seul est obligé personnellement, et que le détenteur ne joue vis-à-vis de lui que le rôle d'une caution. Cette distinction a son importance, comme on le verra au n° III de l'article suivant (3).

4° Enfin, au profit de l'héritier bénéficiaire qui paye de ses deniers les dettes de la succession. — Cet héritier, lorsque la succession ne présente pas d'argent comptant avec lequel on puisse acquitter les dettes héréditaires, a grand intérêt à les acquitter de ses deniers, pour que les créanciers ne fassent pas vendre, en temps inopportun peut-être, et au-dessous de leur juste prix, les biens dont toute la valeur au-dessus du passif de la succession doit lui rester (4).

1252. — La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel.

SOMMAIRE.

I. La subrogation transporte au subrogé, dans les limites de sa créance, toutes les garanties qui appartenaient au créancier primitif.

II. Exception inique apportée à ce principe pour le cas de payement partiel. — Le droit de préférence exclusive ainsi réservé au créancier passerait à son cessionnaire, mais non à un second subrogé. — Observations.

III. Les garanties qu'avait le créancier ne passent au subrogé que dans les limites de la créance de celui-ci. — Comment se règle le recours de ce subrogé quand plusieurs personnes sont tenues de la dette.

---

(1) *Conf.* Cass., 7 nov. 1854 (Dev., 54, I, 715; Dall., 54, I, 409); Cass., 3 avr. 1861 (Dev., 61, I, 586).

(2) *Voy.* Cass., 28 déc. 1853, 7 nov. 1854 (Dev., 54, I, 715 et 719; Dall., 54, I, 10 et 409); Cass., 29 août 1865 (Dev., 65, I, 433).

(3) Voy. *Dict. not.* (v° Subrogation, n°s 98 et suiv.).

(4) Voy. *Dict. not.* (v° Subrogation, n° 106).

I. — 712. La subrogation, soit légale, soit conventionnelle, produit toujours le même effet : c'est de mettre le subrogé à la place du créancier, non pas quant à la créance même, mais quant aux garanties de cette créance, qui passent toutes sur la créance du subrogé. Ainsi, quand le créancier qu'on a payé avait un privilége ou une hypothèque, la créance née au profit de celui qui l'a payée sera garantie par ce même privilége ou par cette même hypothèque; si la créance payée avec subrogation était garantie par le cautionnement d'une ou plusieurs personnes, le subrogé pourra poursuivre sa créance contre les mêmes cautions. En un mot, toutes les garanties qui protégeaient la créance éteinte protégeront également la créance du subrogé. Si notre article parle spécialement des cautions, ce n'est pas pour exclure les autres espèces de garanties, mais, au contraire, pour consacrer l'effet absolu de la subrogation et prévenir les doutes qui auraient pu exister quant au transport du cautionnement. En effet, la première phrase de notre article n'existait pas dans le projet, et elle n'a été ajoutée, sur la demande du Tribunat, « que pour faire cesser la diversité de jurisprudence qui existait autrefois entre certains tribunaux supérieurs; par exemple, entre le Parlement de Paris et celui de Rouen : ce dernier décidant que la subrogation éteignait l'obligation des cautions. » (Fenet, t. XIII, page 159.)

Mais, bien entendu, le transport des garanties sur la créance du subrogé n'a lieu que dans les limites dans lesquelles cette créance existe. Pas d'accessoire sans principal; si donc la créance du subrogé est moins considérable que ne l'était celle du créancier primitif, ou si elle n'existe que contre un moins grand nombre de personnes, il est clair que les garanties accessoires de cette créance n'auront pas plus d'étendue que la créance elle-même. Nous reviendrons sur cette idée au n° III; mais ce qu'il faut constater ici, c'est que la créance du subrogé reçoit, dans les limites dont elle est susceptible, les garanties dont jouissait le créancier primitif : c'est précisément en cela que la subrogation consiste.

II. — 713. La seconde partie de notre article apporte, pour le cas d'un payement partiel, une exception au principe que la créance du subrogé jouit des mêmes garanties que celle du créancier payé, exception que nos rédacteurs n'ont sans doute admise que par irréflexion, et qu'il est impossible de laver du reproche d'iniquité... La subrogation, dit la loi, lorsque le payement n'est que partiel, *ne peut pas nuire* au créancier. C'est trop juste; et il n'y aurait pas lieu de critiquer notre article s'il s'en tenait là... Mais malheureusement il va bien plus loin, et, sous prétexte de ne pas *nuire* au créancier, il lui accorde, dans ce cas, un avantage monstrueux au détriment du subrogé. Il ajoute, en effet, que, dans ce cas de payement partiel, le créancier pourra, pour la partie non payée, exercer ses droits *par préférence au subrogé*.

Ainsi Pierre a contre Paul une créance hypothécaire de 12000 francs, dont je lui paye moitié, en me faisant subroger pour cette moitié. On vend la maison hypothéquée à la dette, et par de fâcheuses circon-

stances on n'en tire, tous frais faits, que 6000 francs : Pierre, à qui 6000 francs restent dus, exercera pour eux son droit *par préférence à moi*, c'est-à-dire qu'il prendra les 6000 francs provenant de l'expropriation, et que je n'aurai rien. Ainsi Pierre, malgré l'insolvabilité bien réelle de son débiteur, hors d'état de lui payer plus de 6000 francs, sera intégralement payé de ses 12000 francs au moyen de mes 6000 francs! C'est là ce que la loi appelle organiser les effets de la subrogation partielle, de manière à ce qu'elle *ne nuise pas* au créancier.

Il est bien clair qu'il fallait laisser ce cas sous l'empire du droit commun, et dire que, le subrogé étant mis à la place du créancier, il aurait, pour la partie dans laquelle il est subrogé, *les mêmes droits* que ce créancier conserve pour le reste. De cette façon, le créancier et le subrogé, à chacun desquels il était dû 6000 francs, seraient venus avec un droit égal sur le produit de la vente : chacun aurait pris 3000 fr., en sorte que le créancier, loin de rien perdre par la subrogation partielle qu'il avait consentie, y aurait encore gagné les 3000 francs que perdrait le subrogé; 3000 francs qu'il n'aurait pas eus sans la subrogation.

Cette exception de notre article est d'autant plus inexplicable qu'elle est en définitive, entre le créancier subrogeant et le subrogé, la négation de toute subrogation pour le cas dont il s'agit. En effet, dire que le créancier, pour ce qui lui reste dû, primera celui qui lui paye une partie, c'est-à-dire que celui-ci n'est pas mis pour cette partie dans la place du créancier; or, s'il n'est pas mis en son lieu et place, il ne lui est donc pas subrogé, puisque la subrogation est la substitution du payant aux lieu et place du payé. Notre article revient donc à dire que le payement, même formellement déclaré fait avec subrogation, n'emporte jamais subrogation vis-à-vis du créancier, lorsqu'il n'est que partiel et n'éteint pas toute la créance... Cette règle, on le voit, est aussi étrange qu'injuste; mais elle est formelle : *statuit lex*. La subrogation, c'est-à-dire le droit pour celui qui a payé de réclamer pour sa portion les garanties qui appartenaient au créancier, n'existera, dans ce cas, que vis-à-vis de tous autres que ce créancier (1).

714. Et puisque, d'après cette règle bizarre, la fraction de créance, ou créance plus petite, qui reste au créancier partiellement payé, jouit, à l'exclusion de celui qui a payé, des garanties qui protégeaient primitivement la créance entière, il s'ensuit clairement que si cette créance plus petite, ainsi favorisée outre mesure et on ne sait pourquoi, vient à passer à un nouveau titulaire par vente, échange, donation, legs ou autrement, et de manière à ce que ce soit bien la même créance, ce nouveau titulaire aura, vis-à-vis de la personne imparfaitement subrogée, les mêmes droits que le créancier lui-même : c'est évident, puisque ce nouveau titulaire possède *la même créance*. Mais si le créancier, au lieu

(1) Jugé que l'art. 1252 n'est pas applicable au cas où une caution n'a garanti qu'une partie de la dette et l'a payée; elle peut alors venir en concours sur les biens du débiteur avec le créancier non intégralement payé. Rennes, 22 mai 1858; Cass., 1er août 1860 (Dev., 59, II, 298; 61, I, 366).

de transmettre cette fraction de créance, en recevait le payement, et qu'il y eût aussi subrogation à cette seconde partie de la créance, alors, comme le second subrogé ne pourrait pas dire qu'il a *la même créance* (puisque cette créance serait éteinte), les choses rentreraient dans le droit commun, les deux subrogés auraient des droits identiques et viendraient concourir.

715. Il va sans dire, au surplus, que la règle de notre article étant une exception, et une exception étrangement rigoureuse, elle ne saurait être transportée du cas de subrogation au cas de cession. Si donc le créancier, au lieu de recevoir le *payement*, et d'opérer ainsi l'extinction d'une partie de sa créance, vendait, échangeait ou cédait autrement cette partie de sa créance, dans ce cas, comme l'acquéreur obtient, non plus seulement les *garanties* de la créance primitive destinées à protéger une nouvelle créance naissant à son profit (garanties que vient dénaturer la règle de notre article), mais bien la *créance* primitive elle-même pour une partie, il est clair que cet acquéreur recevra cette partie de créance avec la nature qu'elle a, avec la nature que conserve l'autre partie restée aux mains du créancier, et que dès lors le créancier primitif et lui auraient des droits identiques.

716. Il nous reste à présenter une dernière observation sur la rédaction trop large de la disposition qui nous occupe ici. Notre article dit que, « en cas de payement partiel, le créancier peut exercer les droits qui lui restent, par préférence à celui dont il a reçu ce payement. » Cette proposition, prise à la lettre, pourrait faire croire que le créancier à qui on a payé une partie de sa créance doit être préféré pour le payement de la partie qui lui reste, quelle que soit sa créance et alors même que cette créance ne présenterait aucunes garanties particulières. Ce serait une erreur, et la préférence n'est et ne peut être accordée que pour l'exercice de ces garanties. Ainsi, le créancier passera avant le subrogé pour profiter d'un privilége, d'une hypothèque, d'un cautionnement, etc. ; mais il ne passerait point avant lui, et le payement se ferait entre eux au marc le franc, s'il s'agissait d'une créance ordinaire et ne présentant aucune garantie particulière.

Notre article, en effet, n'a pas pu avoir pour but ni pour effet de *créer* une cause de préférence entre les divers créanciers d'un même débiteur; il se borne à permettre, au créancier qui n'est payé que partiellement, de *conserver* et faire valoir avant celui qui l'a ainsi payé les moyens de préférence *qui lui appartenaient déjà*. Si donc aucun moyen de préférence n'existe, l'article se trouve forcément n'avoir plus d'application, et les deux créanciers, n'ayant alors l'un et l'autre qu'une créance ordinaire, viennent nécessairement en concours... En d'autres termes, notre article n'est fait que pour le cas de subrogation. Or la subrogation est le transport fait à un nouveau créancier des garanties dont jouissait un premier créancier. Mais, quand ce premier créancier n'avait aucune garantie, il est vrai de dire qu'il n'y a pas de subrogation possible, et que notre article ne trouve pas d'application. Et cela est si vrai, que si, en tenant plus aux mots qu'aux choses, on voulait pré-

tendre qu'il y a également subrogation, quoique cette subrogation ne serve à rien, celui qui a fait le payement partiel serait toujours libre de dire qu'il renonce à cette subrogation, qu'il entend venir comme créancier non subrogé n'invoquant en rien les droits du créancier primitif et réclamant tout simplement la créance qui est née pour lui de la gestion d'affaires; et comme il se trouve en face d'un autre créancier qui n'a, ainsi que lui, aucune cause de préférence, force sera bien de les admettre tous deux à concourir... Encore une fois, l'article n'est fait que pour le cas où le créancier partiellement payé avait quelque garantie spéciale dans laquelle a été subrogé le payant, garantie dont il *conserve* le bénéfice exclusif à l'encontre de celui-ci.

III. — 717. Nous avons déjà fait observer que les garanties qui, par l'effet de la subrogation, sont transportées sur la nouvelle créance ne peuvent pas, comme de raison, être plus étendues que cette créance elle-même. Ainsi, quand le créancier a bien voulu se tenir pour payé et consentir la subrogation moyennant une somme moindre que le montant de sa créance, en sorte que le subrogé n'est créancier que de cette somme, il est évident que c'est pour cette somme seulement que le subrogé aura l'hypothèque ou autre garantie que la subrogation lui a transmise. Ainsi encore, dans le cas de plusieurs débiteurs solidaires, trois par exemple, si c'est précisément l'un de ces trois débiteurs qui est subrogé au créancier, il est bien clair que ce subrogé ne pourra avoir action que contre deux personnes, quoique le créancier l'eût contre trois. On ne peut donc pas prendre au pied de la lettre cette proposition, que la subrogation transporte au subrogé toutes les garanties du créancier primitif telles qu'elles existaient pour ce créancier : le subrogé reçoit bien les garanties du créancier; mais il ne les reçoit qu'autant que sa créance en est susceptible, et l'action de ce subrogé n'aura pas toujours la même étendue et ne s'exercera pas toujours contre autant de personnes que celle du créancier. — Passons en revue les différents cas.

718. Quand il s'agit d'une dette dont étaient tenues plusieurs personnes et dont le payement avec subrogation a été fait précisément par l'une de ces personnes, il faut, pour déterminer le droit d'action du subrogé, distinguer s'il était seulement tenu *pour les autres* sans être personnellement obligé, ou s'il l'était *avec les autres,* étant lui-même débiteur pour sa part.

Quand le subrogé était lui-même personnellement débiteur, il est clair qu'il n'a pas de recours pour la part qui devait rester à sa charge; et même son recours pour le reste ne peut s'exercer contre ses coobligés que pour la part de chacun : c'est ce que déclarent formellement les art. 875 et 1214, dont le texte donne un démenti positif à la doctrine contraire de Toullier (VII, n° 163). Quant à ceux qui n'étaient tenus au payement que pour lui et pour ses codébiteurs, sans être débiteurs eux-mêmes, il est évident que ce débiteur subrogé n'a aucun recours contre eux.

Quand, au contraire, c'est par une personne qui n'était pas person-

nellement débitrice, et qui n'était tenue que pour les autres, que le payement a été fait, cette personne a son recours pour le tout contre chacun des débiteurs ; et elle l'a contre ceux qui n'étaient tenus comme elle que pour ces débiteurs, pour la part de chacun d'eux.

Pour ce qui est du cas où celui qui a été subrogé était complétement étranger à la dette et n'en était tenu ni avec d'autres ni pour d'autres, nous n'avons pas besoin d'en parler ; il est bien évident que ce subrogé aura action contre tous ceux contre qui le créancier l'avait, et avec la même étendue. Nous ne nous occupons que du cas d'un subrogé qui était lui-même tenu, soit avec les autres (étant lui-même l'un des débiteurs), soit seulement pour les autres (comme une caution, un tiers détenteur d'immeubles hypothéqués, etc.). C'est alors qu'on appliquera les règles que nous venons d'indiquer.

Ainsi, supposons une obligation de 9 000 francs, contractée solidairement par trois débiteurs et garantie en outre par trois cautions : si la dette est payée en entier par l'un des trois débiteurs, il n'aura d'action que pour 3 000 francs contre chacun de ses deux codébiteurs, et n'en aura pas contre les cautions ; que si c'est par l'une de ces cautions que la dette est payée, celle-ci aura recours pour le tout contre chacun des débiteurs, et pour 3 000 francs contre chacune des deux autres cautions (art. 1214 et 2033). — Cet exemple une fois compris, il faut le généraliser, en assimilant aux codébiteurs solidaires tous ceux qui sont tenus de la dette personnellement, et aux simples cautions ceux qui n'en sont tenus que pour d'autres. Ainsi, quand une dette est hypothéquée sur plusieurs immeubles possédés par diverses personnes, si cette dette est payée par l'un des débiteurs, celui-ci n'aura action contre ses codébiteurs que pour la part de chacun (art. 875), et n'en aura pas contre les simples tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette ; si, au contraire, c'est par l'un de ces tiers détenteurs que la dette est acquittée, il aura son recours pour le tout contre tout débiteur possédant un immeuble hypothéqué, mais il ne l'aurait contre d'autres tiers détenteurs que pour la portion de chacun (portion qui serait calculée, dans ce cas, d'après la valeur relative des immeubles possédés par ce tiers).

719. Nous dirons donc en deux mots, et en comprenant sous le nom générique de cautions tous ceux qui ne se trouvent tenus de la dette que pour d'autres, sans être personnellement débiteurs : 1° pour un étranger, soit contre les débiteurs, soit contre les cautions, et aussi pour une caution contre les débiteurs, la subrogation produira son effet entier, et le subrogé aura la poursuite pour letout quand le créancier l'avait ; 2° pour les débiteurs contre les autres débiteurs, et pour une caution contre les autres cautions, la poursuite n'aura lieu que pour une part et portion, quoique le créancier eût pu poursuivre pour le tout ; 3° pour un débiteur contre les cautions, la subrogation est sans effet, et aucune poursuite n'est possible.

§ 3. — De l'imputation des payements.

1253. — Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter.

720. Quoique cet article semble parler sans restriction de tous les cas où un débiteur serait soumis à plusieurs obligations envers un même créancier, il est clair qu'il ne s'agit que de celui dont les diverses dettes ont un objet semblable; car si chaque dette avait un objet différent, on verrait bien par le fait même laquelle d'entre elles on entend payer.

Du reste, la faculté, pour le débiteur de plusieurs obligations ayant des objets de même espèce, de payer celle qu'il veut, ne peut pas s'exercer au mépris des droits du créancier. Ainsi, par exemple, si la dette que le débiteur prétend acquitter n'était pas encore échue, et que son terme eût été stipulé dans l'intérêt du créancier, il est évident que celui-ci ne pourrait pas être contraint à en recevoir le payement. Ainsi encore, si le débiteur doit, en même temps, un capital et des intérêts ou arrérages échus de ce capital, et que ce débiteur ne fasse pas un payement suffisant pour éteindre et les intérêts et le capital, il est clair qu'il ne pourra pas imputer ce payement sur le capital par préférence aux intérêts ou arrérages. C'est ce que déclare l'article suivant, par l'explication duquel nous verrons (n° III) que ce dernier cas n'est pas même une exception à la règle, puisque cette règle n'est faite que pour le cas de *plusieurs dettes,* et qu'il n'y a alors qu'une seule dette embrassant les intérêts avec le capital (1).

1254. — Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le payement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : le payement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.

SOMMAIRE.

I. Le payement que la quittance déclare fait *pour ce capital et intérêts* ou *arrérages* s'impute d'abord sur ces arrérages ou intérêts. Dans le silence de la quittance, le point de savoir si l'excédant de ce qui était dû pour intérêts doit s'imputer sur le capital, ou s'il peut se répéter comme payé indûment, n'est qu'une question de fait, aussi bien pour une rente que pour un capital exigible.

II. Réfutation de la doctrine contraire de Pothier et de M. Duranton.

III. L'article ne s'applique qu'aux intérêts compensatoires. Critique de Delvincourt et de M. Zachariæ.

---

(1) L'imputation conventionnelle d'un payement qui a opéré en tout ou en partie l'extinction d'une dette ne peut être rétractée par les parties au préjudice des tiers et reportée sur une autre dette, dans le but, en faisant renaître la première, de faire renaître les causes de préférence qui y étaient attachées. Cass., 25 juill. 1864 (Dev., 64, I, 452).

I. — 721. Quand la quittance constate que le débiteur a déclaré faire son payement *pour capital et intérêts,* ou bien (s'il s'agit d'une rente) *pour capital et arrérages,* il ne suffit pas que le mot *capital* se trouve ainsi écrit avant les mots *intérêts* ou *arrérages* pour faire cesser la règle toute naturelle que le payement doit s'imputer tout d'abord sur les arrérages ou intérêts, et ne porter sur le capital que pour l'excédant (1).

Mais si, tout en payant et recevant une somme plus forte que le montant des intérêts ou arrérages, mais trop faible pour acquitter aussi la totalité du capital, les parties n'avaient rien dit, faudrait-il, dans ce silence absolu de la quittance, dire encore que l'excédant s'est imputé sur une fraction du capital, ou bien devrait-on décider que cet excédant constitue une somme indûment payée et que le débiteur peut réclamer?... Il est évident que c'est là une question de fait, une question d'intention que les juges décideront par l'examen des circonstances. Si on reconnaît en fait que les parties ont entendu éteindre une portion du capital, cette portion du capital sera éteinte, et il n'y aura pas eu de payement de l'indu; si l'on voit, au contraire, que c'est sans dessein, par méprise, et en croyant ne payer que les intérêts, que le débiteur a donné une somme plus forte que ces intérêts, il est clair qu'il y a payement d'une chose indue, puisque le débiteur, en faisant un calcul erroné des intérêts, a cru et voulu payer des intérêts qu'il ne devait pas.

II. — 722. C'est donc là une question d'intention, un point de fait par conséquent; et l'on doit s'étonner de la décision donnée ici par Pothier, et que M. Duranton reproduit en la copiant mot à mot (Pothier, n° 533, alin. 3 et 4; Duranton, n° 192, alin. 5 et 6).

Pothier dit que, quand il ne s'agit pas d'une rente, mais d'un capital ordinaire, alors même que l'imputation aurait été faite expressément *sur les intérêts* seulement et *sans parler du capital,* ce qui excéderait les intérêts s'imputerait également sur le capital; mais qu'au contraire, s'il s'agissait d'une rente, le débiteur qui aurait PAR ERREUR payé plus qu'il ne devait pour les arrérages, aurait la répétition de ce qu'il aurait ainsi payé de plus. M. Duranton reproduit les mêmes décisions que Pothier, dans les mêmes termes que Pothier. Or, quoi de plus étrange que ces deux décisions?

Et d'abord, pour le cas de rente, il est bien vrai que, si c'est *par erreur* qu'une somme excédant les intérêts a été versée, il y aura lieu à répétition; mais la question sera précisément de savoir si ce payement d'une somme excédant le montant des intérêts a été fait par erreur, ou s'il ne l'a pas été avec l'intention d'éteindre une partie du capital de la rente. Et si, quoiqu'on n'ait rien dit à cet égard dans la quittance, il est

(1) La règle de l'art. 1254 s'applique au cas de dettes multiples; par suite, le débiteur de plusieurs dettes portant intérêts ne peut prétendre que le payement par lui fait doit s'imputer sur celle de ces dettes, en capital et intérêts, qu'il a le plus d'intérêt à éteindre. Ce payement doit s'imputer d'abord sur les intérêts de toutes les dettes réunies. Cass., 25 nov. 1862 (Dev., 63, I, 89; Dall., 63, I, 29).

cependant prouvé par les circonstances qu'on entendait éteindre une partie de ce capital; par exemple, si, pour une rente d'un capital de 30000 francs, une première quittance, de 1840, explique tout au long que le créancier a reçu 11 500 francs, savoir : 1 500 francs pour les arrérages d'une année, et 10000 francs à valoir sur le capital, et que l'année suivante une seconde quittance constate sans rien expliquer un payement de 11 000 francs, ne sera-t-il pas évident, quoique cette seconde quittance ne dise rien, que le nouveau payement a eu pour but d'acquitter les 1 000 francs d'arrérages dus pour l'année, puis un second tiers du capital de la rente?

Et maintenant, le cas d'un capital ordinaire, exigible, n'est-il pas absolument, en droit, sur la même ligne que le cas de rente? S'il y a vraiment lieu de croire que l'excédant de ce qui était dû pour les intérêts a été donné pour une partie du capital, il est évident que cette partie du capital sera éteinte; mais si l'on suppose pour ce cas, comme Pothier et M. Duranton le supposent pour le cas de rente, que cet excédant a été versé *par erreur*, il est bien clair assurément qu'il y aura lieu à répétition. Ainsi, quand je dois à Pierre une somme de 4 000 fr. et à Paul une somme de 20000 francs payables l'une et l'autre dans plusieurs années, et qu'il m'est arrivé de verser à Pierre, au lieu de 200 francs que j'avais à lui donner pour intérêts d'une année, les 1 000 francs que je devais remettre à Paul le même jour, et dont Pierre m'a donné quittance, il est clair qu'il sera facile d'établir mon erreur, et que, cette erreur une fois reconnue, on ne pourra pas me forcer de laisser à Pierre les 800 francs que je lui ai donnés de trop et que je ne lui dois que dans trois ou quatre ans.

723. Les deux décisions de Pothier et de M. Duranton sont donc évidemment inexactes. Pour la rente comme pour le capital exigible, la question de savoir si, dans le silence de la quittance, ce qui a été versé au delà des intérêts ou arrérages doit s'imputer sur le capital ou rester sujet à répétition, n'est qu'une question d'intention, un point de fait à décider par les circonstances. Dans un cas comme dans l'autre, il y aura lieu à répétition si c'est par erreur que l'excédant a été versé ; dans un cas comme dans l'autre, cet excédant sera déclaré imputé sur le capital si on reconnaît que telle a été la pensée des parties... Les seules différences que pourront présenter les deux cas ne seront que des circonstances qui pourront faciliter la décision dans tel sens plutôt que dans tel autre : si, par exemple, il s'agissait d'un capital exigible actuellement échu, on comprend que le droit qu'avait alors le créancier de poursuivre immédiatement son remboursement contribuerait fortement à faire penser que le débiteur a voulu payer une partie du capital qu'on pouvait dès lors lui demander tout entier.

III. — 724. Delvincourt et M. Zachariæ (II, p. 369) (1) enseignent que notre article s'applique aussi bien aux intérêts moratoires qu'aux intérêts compensatoires, et qu'il rejette ainsi la distinction que faisait à

(1) *Adde :* Larombière (1254, n° 4); *Dict. not.* (v° Imputation, n° 6).

cet égard Pothier (n° 534). Cette décision nous paraît erronée, et contraire tout à la fois aux principes, au texte de notre article, et à la pensée manifestée par la discussion au conseil d'État.

Quand il s'agit d'intérêts compensatoires, c'est-à-dire d'intérêts que vous me devez pour la jouissance même de mon capital, ces intérêts ne sont rien autre chose que les produits, les fruits du capital ; la dette du capital et celle des intérêts ne sont pas alors, à proprement parler, deux dettes distinctes, c'est une dette unique ayant pour objet un principal et ses accessoires. On ne pouvait donc pas appliquer à ce cas le principe que le débiteur de *plusieurs* dettes est le maître d'acquitter celle-ci plutôt que celle-là. Mais, quand il s'agit, au contraire, d'une somme qui ne produit pas d'intérêt et pour laquelle des intérêts ne se trouvent dus que comme indemnité du retard apporté au payement de cette somme, alors la dette d'intérêts se trouve parfaitement distincte de la dette du capital, et aura même souvent une source différente, puisque celle-ci provenant d'un contrat, par exemple, l'autre proviendra du préjudice causé au créancier, c'est-à-dire d'un quasi-contrat ou quasi-délit (art. 1382 et 1383) ; il y a donc alors deux dettes qui ne peuvent pas plus se confondre que votre obligation de me livrer un cheval ne peut se confondre avec votre obligation de me payer 100 francs d'indemnité pour ne m'avoir pas procuré ce cheval au jour convenu. Or, si dans ce cas il y a vraiment deux dettes, on rentre donc sous le principe, auquel le premier cas était soustrait, que le débiteur de plusieurs dettes est libre d'acquitter celle-ci de préférence à celle-là.

Telle est d'ailleurs la seule signification du texte, puisqu'il parle seulement d'*une dette qui porte intérêt* ou *qui produit des arrérages*. Quand même l'expression de *dette portant intérêt* ne se trouverait pas nettement expliquée par ces autres mots *ou produisant des arrérages,* elle suffirait bien par elle seule, puisqu'on ne saurait appeler dette portant intérêt celle qui ne donne lieu à aucun intérêt par elle-même, et pour laquelle cet intérêt découle, non pas *de la dette,* mais seulement *du préjudice* causé par l'inexécution de cette dette.

Enfin, notre article ayant été critiqué au conseil d'État par M. Réal comme présentant une *innovation,* M. Treilhard le défendit de ce reproche en disant que si on imputait autrefois les payements partiels sur le capital, quand les intérêts *étaient prononcés pour le retard de payement d'une dette qui naturellement ne devait point en produire,* on les imputait, au contraire, sur les intérêts *quand ces intérêts étaient produits naturellement et légalement par la dette.* Et comme M. Réal avait prétendu que l'article devrait se restreindre aux intérêts du prix de *choses frugifères,* M. Treilhard répondit que si les coutumes tenaient pour principe que l'argent ne doit pas donner d'intérêts, plusieurs parlements des pays de droit écrit avaient adopté un autre système, et que ce dernier était plus conforme à la législation actuelle, qui considère l'argent comme susceptible de produire des intérêts (Fenet, t. XIII, p. 78 et 79).

Il est donc certain qu'on n'a entendu appliquer notre article qu'aux intérêts produits directement par la dette, non à ceux qui résultent seulement du retard de payement, et que le seul changement qu'on ait voulu apporter aux principes de Pothier, c'est que, sous le Code, il pourra y avoir lieu à la production directe d'intérêts pour de simples dettes d'argent, et non plus seulement pour les dettes d'un prix de choses frugifères (1).

1255. — Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

725. Lorsque le débiteur ne fait point l'imputation, comme il en a le droit d'après l'art. 1253, le créancier peut la faire; et la désignation qu'il insère à ce sujet dans sa quittance produit tout son effet, du moment que la quittance est reçue par le débiteur, pourvu qu'il n'y ait pas eu de dol, ni même de surprise de la part du créancier.

Que le débiteur puisse empêcher l'imputation faite par le créancier, quand il prouve qu'il y a eu dol de la part de celui-ci, ce n'est que l'application des principes généraux (art. 1116); mais notre article, reproduisant en cela la doctrine de Pothier (n° 529, alin. 7), va plus loin, et lui permet d'attaquer encore l'imputation, par cela seul qu'il y aurait eu simple surprise, sans aucune des manœuvres qui constituent le dol. Si, par exemple, le créancier a profité de l'ignorance ou de la simplicité du débiteur pour faire une imputation que celui-ci n'a pas comprise, les tribunaux pourront la déclarer nulle, quoique le créancier n'ait rien fait ni rien dit pour induire le débiteur en erreur (2).

1256. — Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le payement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues; sinon, sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point.

Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne : toutes choses égales, elle se fait proportionnellement.

726. Si la désignation de la dette à éteindre n'a été faite ni par le débiteur, ni, à son défaut, par le créancier, la loi la fait elle-même, d'après les trois règles qui suivent :

---

(1) Les règles relatives à l'imputation des payements, notamment la règle de l'art. 1254, ne sont pas applicables en matière de compte courant. Cass., 24 mai 1854 (Dev., 55, I, 737).

(2) Voy. *Dict. not.* (v° Imputation, n° 16).

1° S'il s'agit de deux dettes dont l'une est échue et l'autre pas, c'est sur celle qui est échue que s'impute le payement.

2° Si les dettes sont échues l'une et l'autre, l'imputation légale se fait sur celle que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter, c'est-à-dire sur la plus onéreuse, et la raison, dans le silence de notre article, veut qu'il en soit de même quand elles ne sont échues ni l'une ni l'autre. Ainsi, l'imputation se fera plutôt sur une dette emportant contrainte par corps que sur d'autres; plutôt sur celle qui produit intérêt que sur celles qui n'en produisent point; sur une dette hypothécaire, plutôt que sur une dette chirographaire; sur celle pour laquelle le débiteur a donné caution, plutôt que sur celle qu'il devait seul (car il a plus d'intérêt à s'acquitter en même temps envers deux personnes qu'envers une seule). Que si une dette se trouve être plus onéreuse qu'une autre sous tel rapport et moins onéreuse sous tel autre rapport; par exemple, si la première produit des intérêts tandis que l'autre n'en produit pas, mais que d'un autre côté elle soit chirographaire tandis que la seconde est hypothécaire, on déterminera, d'après les circonstances de fait, laquelle des deux était en définitive plus gênante pour le débiteur.

3° Si aucune dette n'est par sa nature plus onéreuse que l'autre, l'imputation, entre dettes échues, se fait sur la plus ancienne, c'est-à-dire sur celle qui est échue depuis plus longtemps; et l'on doit admettre par analogie que, pour des dettes dont aucune n'est échue, l'imputation, dans ce même cas de nature semblable, se fera sur celle qui est le plus près d'échoir. — Il est bien vrai que le débiteur pourrait avoir intérêt à acquitter plutôt la dette la moins ancienne, puisque la plus ancienne est plus près de se prescrire; mais la loi ne pouvait pas tenir compte d'un intérêt de ce genre, et dans l'absence d'une cause honnête de préférence, elle a dû supposer au débiteur la pensée de se libérer de ce qu'il devait depuis plus longtemps.

Si toutes choses étaient absolument égales, et qu'il n'y eût aucune des raisons indiquées ci-dessus d'éteindre telle dette plutôt que telle autre, le payement s'imputerait proportionnellement sur toutes (1).

§ 4. — Des offres de payement, et de la consignation.

727. Il ne peut pas dépendre du caprice ou du mauvais vouloir d'un créancier d'éterniser l'obligation de son débiteur en refusant de recevoir l'objet qui lui est dû et que le débiteur veut lui livrer. On devait donc déclarer que les offres du débiteur deviendraient pour lui, sous certaines conditions, l'équivalent d'un payement et un moyen de se libérer.

C'est ce que fait notre paragraphe, dans lequel, malheureusement, le défaut de méthode et la confusion de rédaction empêchent de saisir facilement la pensée des rédacteurs.

---

(1) *Voy.* Cass., 18 juin 1853, 2 mai 1860, 20 mai 1862 (Dev., 53, I, 695; 61, I, 540; 63, I, 91; Dall., 53, I, 316; 61, I, 104; 63, I, 507); *Dict. not.* (v° Imputation, n° 12).

Le refus du créancier, de recevoir l'objet qu'on lui doit et qu'on veut lui livrer, peut se présenter dans trois cas différents : 1° pour une somme d'argent ; 2° pour un corps certain, c'est-à-dire une chose déterminée individuellement, comme tel cheval, telle pièce de vin, etc. ; 3° pour des choses non déterminées individuellement et indiquées seulement par leur espèce, comme un cheval, une pièce de vin. Or le Code, au lieu de distinguer nettement ces trois hypothèses, se jette dans une confusion de règles mal délimitées, contradictoires, et dont le rapprochement forme, pour ainsi dire, un labyrinthe inextricable. Il pose d'abord, dans l'art. 1257, un principe, qu'il déclare formellement applicable à tous les cas, et que la suite, au contraire, prouve ne s'appliquer qu'aux dettes d'argent ; et après avoir tracé d'autres règles dont plusieurs pourraient aussi paraître faites pour les trois cas, tandis qu'elles ne peuvent également s'appliquer qu'au premier, il établit, par l'art. 1264 et dernier, une règle spéciale au cas d'un corps certain, et incomplète même pour ce cas ; puis il termine là son paragraphe, sans dire un seul mot du cas de choses déterminées autres que des sommes d'argent. — On verra bientôt que ce défaut de méthode du Code a exercé une fâcheuse influence sur les écrits de ses interprètes, chez la plupart desquels on retrouve les mêmes contradictions que dans la loi.

Pour éviter cette confusion et jeter plus de jour sur la matière, nous parlerons successivement et séparément : 1° des dettes de sommes d'argent ; 2° de celles de corps certains ; 3° de celles ayant pour objet des choses indéterminées autres que de l'argent.

1° *Des dettes de sommes d'argent.*

1257. — Lorsque le créancier refuse de recevoir son payement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte.

Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de payement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier.

SOMMAIRE.

I. Cette règle, malgré sa rédaction contraire, ne s'applique qu'aux dettes d'argent. — Observations sur les explications des divers auteurs.

II. La libération et ses conséquences n'ont lieu qu'à compter de la consignation et et ne remontent point au jour des offres. Erreur de Toullier.

I. — 728. Si on s'en tenait au texte de cet article, il faudrait dire qu'il pose un principe général, applicable non-seulement aux dettes d'argent, mais aussi à celles de toutes autres choses ; car il présente une disposition simple, absolue, dans laquelle rien n'indique une restriction à telle classe de dettes, et il termine d'ailleurs son premier alinéa en parlant de consigner *la somme ou la chose*. Il résulterait donc de ce texte

que, dans les dettes de choses comme dans les dettes d'argent, le débiteur peut arriver à sa libération, quand le créancier refuse de recevoir, par les offres réelles et la consignation de l'objet dû.

Or il n'en est pas ainsi, et la nécessité des offres réelles et de la consignation n'existe que pour les dettes d'argent. C'est une proposition qui peut s'établir et par la raison même, et par le rapprochement de notre article avec les articles suivants, et surtout par la disposition de l'art. 1264.

Et d'abord, la raison ne dit-elle pas assez que le législateur n'a pas pu entendre exiger les offres réelles pour les dettes de choses ?...

Nous allons voir (art. 1258, 6°) que les offres, à défaut de convention sur le lieu du payement, doivent se faire à la personne ou au domicile du créancier. Or, comment voudrait-on qu'un débiteur, pour faire son offre, fît voiturer à 100 ou 200 lieues, jusqu'au domicile du créancier, qui peut bien n'être pas le lieu du payement, une masse de denrées, par exemple, les cent pièces de vin qu'il doit livrer ? Une telle règle se comprendrait pour les choses d'un transport facile ; mais il est évident qu'on n'a pas pu avoir l'idée de l'établir pour toutes choses indistinctement. Aussi allons-nous voir qu'elle n'existe que pour l'argent ; et que pour toute autre chose, une offre verbale, une sommation de venir prendre au lieu voulu, une offre non réelle enfin, c'est-à-dire non accompagnée de la présentation effective de l'objet dû, est suffisante.

Notre article, en effet, se lie intimement avec les suivants, qui ne sont que le développement de sa pensée. La loi, après avoir dit dans notre art. 1257 que, pour opérer la libération, il faut des offres réelles suivies de consignation, explique immédiatement dans l'art. 1258 les conditions de ces offres réelles, et dans l'art. 1259 les conditions de la consignation. Or, l'art. 1258 dit que les offres doivent être de la totalité *de la somme* et des *arrérages ou intérêts ;* puis l'art. 1259 veut que la consignation soit faite dans *le dépôt indiqué par la loi pour les consignations* (et il n'y a jamais eu de dépôt indiqué par la loi que pour les sommes d'argent), qu'elle soit faite *avec les intérêts* jusqu'au jour du dépôt et qu'il y ait eu procès-verbal *des espèces* offertes. Il est donc bien vrai qu'il ne s'agit que d'argent.

L'art. 1264 vient compléter cette démonstration. Cet article, en effet, dit que quand il s'agit d'un corps certain et que ce corps se trouve précisément au lieu où il doit être livré, le débiteur n'a rien autre chose à faire que d'adresser au créancier une sommation d'enlever l'objet, et il ajoute que le dépôt de la chose dans un lieu à faire indiquer par le juge n'est pas nécessaire, mais seulement facultatif pour le débiteur que gênerait la présence de cette chose. Mais s'il en est ainsi quand le corps certain se trouve déjà au lieu où devait s'en faire la livraison, il est clair que, quand il n'y sera pas, le débiteur n'aura qu'à l'y faire transporter pour se placer dans le cas prévu par cet art. 1264. Enfin, il n'est pas moins clair que, quand il s'agira d'une chose indéterminée, le débiteur, en laissant ou transportant au lieu voulu pour la livraison celle qu'il

entend donner, et en faisant au créancier sommation de venir prendre cette chose, en fera ainsi la détermination individuelle, transformera ainsi sa dette en une dette de corps certain, et se placera encore dans le cas réglé par cet art. 1264. Donc, il résulte de cet art. 1264, soit directement, soit par argument, que les offres réelles et la consignation ne sont jamais nécessaires pour les dettes de choses, soit déterminées, soit indéterminées, et que notre article ne s'applique qu'aux dettes d'argent (1).

729. Ainsi, il faut, dans notre alinéa 1er, effacer les expressions finales *ou la chose,* et, après ces premiers mots : « lorsque le créancier », ajouter ceux-ci : *d'une somme d'argent.*

On doit donc s'étonner de voir les différents auteurs reproduire et développer, sans critique ni observation, cette alternative du texte : *la somme ou la chose* (2). C'est d'autant plus étonnant, qu'après avoir ainsi admis que les offres réelles et la consignation sont nécessaires pour les choses comme pour l'argent, on les voit demander que ces offres soient de la totalité *de la somme* sans ajouter *ou de la chose,* et que la consignation soit faite dans le dépôt *indiqué par la loi,* quoique la loi, comme on l'a dit, n'indique le dépôt que pour l'argent (3). Enfin, ce qui est plus étrange encore, c'est qu'après avoir admis que notre article est bien rédigé et s'applique ainsi aux dettes de choses comme aux dettes d'argent, la plupart finissent par dire que c'est la règle toute différente de l'art. 1264 qu'on doit appliquer et aux corps certains et même aux choses indéterminées, ce qui supprime la nécessité des offres réelles et de la consignation pour toutes les choses autres que l'argent (4).

On voit que nous avons eu raison de dire qu'on retrouve chez la plupart des auteurs la même contradiction, ou, si l'on veut, le même défaut de méthode que dans le Code lui-même.

II. — 730. La consignation de la somme due, quand elle a été précédée d'offres valables et qu'elle est régulièrement faite, tient lieu de payement pour le débiteur. Elle libère donc ce débiteur et, par conséquent, fait cesser le cours des intérêts, si la dette en produisait, met la somme aux risques du créancier, et empêche ou fait cesser la demeure du débiteur.

Ce n'est pas absolument, c'est relativement au débiteur, que la consignation équivaut à payement et éteint la dette. Quant au créancier, il est vrai de dire qu'il reste encore créancier, qu'il n'est pas payé; seulement sa créance existe alors, non plus contre le débiteur, mais contre la Caisse des consignations, qui seule est désormais obligée vis-à-vis de lui.

731. Nous disons que c'est la consignation qui opère ces effets, et

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Offres réelles, n°s 51 et suiv.).
(2) Toullier (VII, 187 et 188); Delvincourt, Duranton (XII, 201); Demante (II, 174); Zachariæ (II, p. 381).
(3) Toullier (n° 191); Duranton (n°s 205, et 219, 2°); Delvincourt, Demante (n° 716).
(4) Toullier (n° 210); Duranton (n°s 220 et 221); Zachariæ (p. 384, 2°, 3° et 4°).

non pas les offres. Il ne faudrait pas, en effet, comme l'a fait Toullier (n°s 220-231), entendre les mots « les offres réelles suivies de la consignation libèrent le débiteur » en ce sens que les offres elles-mêmes produisent cet effet sous la condition d'être suivies de la consignation, de manière que la consignation s'accomplissant, l'effet remonterait au jour des offres. Ces mots signifient tout simplement que les offres et la consignation réunie à elles produisent la libération, en sorte que cette libération et ses conséquences ne se réalisent qu'après l'accomplissement et des offres et de la consignation, sans que rien permette d'attribuer à cette consignation un effet rétroactif. La fin de notre article, puis et surtout l'art. 1259, et enfin l'art. 816 du Code de procédure lui-même, que Toullier invoque à l'appui de son opinion, prouvent qu'il en est ainsi.

En effet, d'après notre article, c'est seulement la chose *consignée* qui est aux risques du créancier. — D'après l'art. 1259, 2°, le débiteur doit consigner la somme *avec les intérêts jusqu'au jour même de la consignation;* or, il est bien clair qu'il n'en serait pas ainsi si, au moyen de la consignation, le cours de ses intérêts se trouvait arrêté à partir des offres. — Enfin, l'art. 816 C. proc. dit que tout jugement déclarant des offres valables devra, si la consignation n'a pas encore eu lieu, ordonner qu'elle soit faite, et prononcer la cessation des intérêts *du jour de la réalisation;* or, on voit bien que cette réalisation est celle de la consignation dont l'article vient de parler et dont il s'occupe principalement, et non pas celle des offres dont l'article ne parle qu'incidemment. Et la preuve que le Code de procédure n'a point entendu, comme le prétend Toullier, déroger à l'art. 1259 du Code Napoléon, mais au contraire s'y conformer, c'est d'abord que son art. 814 a soin de dire que le débiteur qui a fait les offres doit, pour se libérer, consigner *en observant les règles de l'art.* 1259 *du Code Napoléon;* c'est encore que M. Tarrible, dans son Rapport sur l'art. 816, expliqua nettement qu'il s'agissait de la *réalisation* DU DÉPÔT.

Ce système du Code n'a, au surplus, rien d'étrange, puisqu'il était, comme le reconnaît Toullier, celui de notre ancienne jurisprudence, et que, si on eût voulu le changer, il eût fallu porter une règle qui n'a point été portée, c'est-à-dire fixer un délai dans lequel la consignation aurait dû suivre les offres, et passé lequel cette consignation n'aurait plus eu d'effet rétroactif. On conçoit, en effet, qu'on ne pourrait pas permettre à un débiteur de ne faire sa consignation que six mois, un an, enfin après tel délai qu'il voudra, depuis ses offres, si l'effet de cette consignation (c'est-à-dire sa libération, la cessation des intérêts, etc...) devait remonter au jour même de ces offres : il serait inique que le débiteur cessât de devoir des intérêts tout en continuant de jouir tant qu'il voudra du capital; et l'absence de toute fixation de délai pour effectuer la consignation prouve assez par elle seule que la libération et ses conséquences ne datent que de la consignation même. C'est donc au débiteur de faire consigner la somme immédiatement après les offres réelles.

732. Du reste, quoique ce soit la consignation, faite d'après les règles et avec les préliminaires que vont nous indiquer les deux articles suivants, qui produise la libération du débiteur, cette libération, cependant, n'est encore que conditionnelle; elle ne devient définitive que par l'acceptation que le créancier fait de cette consignation, ou par un jugement passé en force de chose jugée qui déclare la validité de cette consignation. C'est ce qu'on verra par les art. 1261 et 1262.

Voyons maintenant quelles conditions sont nécessaires 1° pour la validité des offres qui doivent précéder la consignation (art. 1258), et 2° pour la validité de la consignation elle-même (art. 1259).

1258. — Pour que les offres réelles soient valables, il faut,

1° Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui;

2° Qu'elles soient faites par une personne capable de payer;

3° Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire;

4° Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier;

5° Que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée;

6° Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le payement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention;

7° Que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.

733. Sept conditions sont exigées par cet article; et les art. 812 et 813 du Code de procédure en ajoutent une huitième.

Les cinq premières conditions ne présentent aucune difficulté; elles ne sont que l'application des principes généraux antérieurement posés. Aussi, ces cinq conditions sont nécessaires, non pas seulement lors des offres réelles, mais même lors des offres amiables qui ont dû précéder celles-ci, aux termes de l'art. 1257 (1). Il est clair, en effet, que si ces offres amiables avaient été faites à un créancier ou par un débiteur incapable, ou avant l'accomplissement de la condition, ou avant l'échéance d'un terme mis au profit du créancier, ou enfin si elles avaient été d'une somme moindre que ce qui était dû, le créancier aurait été dans son droit en refusant ces offres amiables; et quoique les offres réelles

(1) L'offre de payer des frais non liquidés, dès que la liquidation en sera faite, n'est pas suffisante et libératoire; il est nécessaire de faire offre d'une somme quelconque, sauf à parfaire. Cass., 16 nov. 1864 (Dev., 65, I, 452). Voy. *Dict. not.* (v° Offres réelles, n° 17).

fussent ensuite faites régulièrement, le créancier qui les accepterait n'en payerait pas les frais, comme on le verra sous l'art. 1260 (1).

On s'est demandé ce qu'il faudrait décider si la somme offerte, au lieu d'être moindre que le montant de tout ce qui était dû, était au contraire excessive... Il est évident qu'en thèse générale, et quand le refus du créancier aura été fait sans aucune explication ni circonstance particulière, les offres ne pourraient pas être déclarées nulles par cela seul qu'elles excédaient la somme due, alors qu'il n'eût fallu qu'une simple observation du créancier pour que ces offres fussent immédiatement réduites au chiffre exact de la dette par la soustraction de quelques-unes des pièces offertes. Mais si, l'offre excessive étant faite en papier-monnaie, ou en pièces d'or, ou enfin de telle façon que le créancier dût, pour ne prendre que sa dette, rendre *de suo*, ce créancier avait déclaré ne pouvoir pas rendre et ne vouloir pas non plus accepter au delà de son dû pour ne pas se soumettre à une répétition, le refus du débiteur de présenter exactement la somme due, malgré la juste observation du créancier, équivaudrait à un retrait des offres, et il y aurait par conséquent nullité (2).

734. On voit, par la sixième condition, que la détermination du lieu n'est pas soumise ici aux mêmes règles que dans le cas de payement. A défaut de convention spéciale, le lieu du payement est celui du domicile du débiteur (art. 1247); les offres, au contraire, devront, dans la même circonstance, être faites au domicile, réel ou conventionnel, du créancier, à moins qu'elles ne le soient à sa personne même.

La septième condition a fait naître une controverse sur le point de savoir si le procès-verbal d'offres (comme aussi celui de la consignation) ne peut être fait que par un huissier, ou s'il peut l'être également par un notaire. Delvincourt (notes), Pigeau (*Procéd.*, II, p. 492), Carré (*Procéd.*, III, n° 2783), ont professé la capacité exclusive de l'huissier, et il semble que telle soit aussi l'opinion de M. Duranton (n° 219, dernier alinéa); mais c'est là une erreur : le procès-verbal d'offres ne contenant pas d'assignation et n'ayant rien de judiciaire, il peut évidemment être dressé par tous officiers chargés de donner l'authenticité aux actes que les citoyens veulent revêtir de ce caractère, et par un notaire dès lors aussi bien que par un huissier. C'est un point reconnu généralement (3).

La huitième et dernière condition requise, c'est que le procès-verbal indique le nombre et la qualité des espèces offertes, qu'il mentionne la

---

(1) Des offres faites conditionnellement ne sont pas valables. Douai, 8 fév. 1854 (Dev., 56, II, 481; Dall., 55, II, 3).

(2) Conf. *Dict. not.* (v° Offres réelles, n° 19).

(3) Delaporte (art. 1258); Toullier (n°s 199 et 201); Dalloz (v° Obligat., p. 580, n° 17); Favard (*Rép.*, v° Offre réelle, n° 2); Zachariæ (II, p. 381); R. de Villargues (*Rép.*, v° Consignat., n° 24); Larombière (1258, n° 16); *Dict. not.* (v° Offres réelles, n°s 35 et suiv.); Lyon, 14 mars 1827; Agen, 10 mai 1836; Bordeaux, 30 juin 1836 (Dev., 37, II, 79 et 123).

Des offres faites à la barre du tribunal sont valables, sans besoin de consignation effective des valeurs offertes. Cass., 27 juin 1849 (Dev., 49, I, 694; Dall., 49, II, 166). *Contrà* : Pau, 5 avr. 1865 (Dev., 65, II, 241).

réponse du créancier, et dise s'il a signé, refusé ou déclaré ne pouvoir (C. proc., art. 812 et 813).

1259. — Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge : il suffit,

1° Qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée ;

2° Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt ;

3° Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt ;

4° Qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié avec sommation de retirer la chose déposée.

SOMMAIRE.

I. Développement sur les quatre parties de l'article.
II. Réfutation d'une erreur de M. Zachariæ.

I. — 735. Il faut, pour la validité de la consignation : 1° Qu'elle soit précédée d'une sommation faite au créancier de se trouver tel jour, à telle heure, en tel lieu, pour y recevoir, s'il change d'idée, les espèces qu'il a d'abord refusées, ou pour en voir opérer la consignation : cette sommation peut très-bien être faite en même temps que le procès-verbal des offres ; — 2° Que le débiteur, si le créancier n'a pas comparu au lieu et au moment indiqués, ou s'il a de nouveau refusé de recevoir, se soit dessaisi de la somme offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi avec les intérêts jusqu'à ce moment du dépôt, et puisqu'il faut consigner la somme *offerte,* et que, d'après l'article précédent, il a fallu *offrir,* avec le capital et les intérêts, le montant des frais liquidés et une somme pour les frais non liquidés, il est donc clair que la consignation doit comprendre ces mêmes frais ; — 3° Qu'un procès-verbal soit dressé non pas par le préposé de la Caisse des consignations, car il serait nul, puisque la loi ne donne pas qualité au préposé pour rédiger un tel acte (Nîmes, 22 août 1809), mais par l'officier qui a dressé le procès-verbal d'offres ou par un autre ayant, comme lui, qualité pour cela, c'est-à-dire par un notaire ou un huissier ; que ce procès-verbal constate, comme l'avait déjà fait le procès-verbal d'offres, la nature des espèces, afin qu'il soit établi que la consignation a bien pour objet ce qui avait fait l'objet des offres ; qu'il mentionne la non-comparution du créancier ou son nouveau refus de recevoir, puis le dépôt qui en a été la conséquence ; — 4° Enfin, et dans le cas seulement, bien entendu, où le créancier n'a pas comparu à la consignation,

qu'une copie du procès-verbal lui soit signifiée avec sommation de venir retirer la somme.

D'après la loi du 28 avril 1816 et les ordonnances des 22 mai et 3 juillet même année, les dépôts dont il s'agit dans notre article doivent être faits dans une caisse créée sous le nom de *Caisse des consignations*, et dont les préposés sont, à Paris, un caissier spécial; aux chefs-lieux de département, les receveurs généraux; et dans les chefs-lieux d'arrondissement, les receveurs particuliers.

II. — 736. M. Zachariæ a commis, dans l'explication de cet article, une erreur qui se réfute par la seule lecture du texte. Il enseigne (p. 384) que le défaut de comparution du créancier ou son refus de recevoir, dont notre article exige la mention dans le procès-verbal de consignation, doivent s'entendre du premier refus que le créancier a fait lors des offres et du cas où il aurait été absent de chez lui lors de ces mêmes offres.

L'erreur est palpable; car alors même qu'on pourrait appeler *non-comparution* mon absence d'un lieu où je n'étais pas appelé, il n'en serait pas moins évident, par l'ensemble de l'article, qu'il s'agit ici, dans le 3°, du défaut par le créancier de se présenter *à la consignation* à laquelle il était sommé de se trouver d'après le 1°, et que c'est pour le cas de cette non-comparution que le 4° exige une signification de procès-verbal, qui serait en effet inutile si le créancier avait assisté au dépôt. Et maintenant, s'il est évident que la non-comparution du n° 3 est bien celle du n° 4, c'est-à-dire l'absence du créancier lors de la consignation à laquelle il était appelé, il n'est pas moins clair que quand la loi, dans le n° 3, présente alternativement, et comme deux hypothèses dont une seule peut se réaliser et doit être mentionnée, cette non-comparution du créancier *ou* son refus de recevoir, il s'agit dans l'une de ces hypothèses du refus qu'il fait en comparaissant à la consignation, comme il s'agit dans l'autre de sa non-comparution à cette même consignation.

Ce sens de notre article est tellement évident, il paraissait tellement impossible de s'y tromper, que la plupart des auteurs n'ont pas jugé utile de l'expliquer; mais il en est cependant deux qui précisent mieux leur pensée, et tous deux, comme on le pense bien, contredisent l'étrange proposition de M. Zachariæ. Toullier (n° 210) dit que « comme le créancier a *jusqu'au dernier moment* le droit d'empêcher la consignation *en recevant*, il faut constater ou son refus, *s'il est présent à la consignation*, ou son absence, *s'il n'y est pas*. » M. Demante, sans être aussi explicite, en dit assez pour faire comprendre qu'il s'agit d'un refus ou d'une absence contemporaine *de la consignation*, et non pas contemporaine *des offres*, puisqu'il dit que le n° 3 se réduit à exiger « un procès-verbal détaillé *de la consignation et des circonstances dans lesquelles elle a lieu*. » (II, n° 716.)

1260. — Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables.

SOMMAIRE.

I. Le créancier supporte les frais lorsqu'il a laissé faire les offres et la consignation, et aussi quand il n'accepte qu'au moment de la consignation, après avoir refusé les offres.

II. *Quid* quand il reçoit dès les premières offres? Dissentiment de Delvincourt, Pigeau, Favard et M. Zachariæ, avec Toullier et M. Duranton. Solution.

I. — 737. Quand le créancier a refusé de recevoir lors des offres réelles, et qu'il a de nouveau refusé ou ne s'est pas présenté lors de la consignation, il est juste, si ces offres et cette consignation sont reconnues bien fondées et régulièrement faites, qu'il en supporte tous les frais, puisque c'est par sa faute qu'elles ont eu lieu.

Si, après avoir refusé lors des offres réelles, il consentait à recevoir au moment de la consignation et empêchait ainsi cette consignation, il devrait toujours supporter les frais des offres ainsi que ceux du déplacement de l'officier ministériel et du port de l'argent jusqu'à la Caisse des consignations, puisque son acceptation tardive serait l'aveu de son tort et prouverait que les frais faits jusque-là ne proviennent que de sa faute.

II. — 738. Mais que déciderait-on, si c'était au moment même des offres, et à la première réquisition de recevoir, qu'il reçût en effet? Delvincourt, Favart, Pigeau et M. Zachariæ (p. 382) enseignent que, dans ce cas encore, les frais des offres seront à la charge du créancier, en général, et à moins de circonstances particulières qui prouvent que le débiteur n'a fait ces offres que par malice et sans que le créancier ait jamais eu l'intention de refuser. Au contraire, Toullier (VII, 219) et M. Duranton (XII, 224) décident que ces frais seront en principe à la charge du débiteur, et ne retomberont sur le créancier que si quelques faits particuliers prouvent que celui-ci avait d'abord refusé son payement et nécessité ainsi les offres réelles.

Nous croyons qu'il y a ici malentendu, et qu'on serait facilement tombé d'accord si de part et d'autre on s'était mieux expliqué, et qu'on eût interrogé les textes de la loi avec plus de soin. Sans doute, du moment que des offres ont été faites valablement, c'est le créancier qui doit en subir les frais... Puisque, d'après notre article, le créancier doit payer et les offres et la consignation si le débiteur a fait valablement offres et consignation, il est bien clair qu'il doit payer les offres, quand, valablement, le débiteur n'a fait que des offres; la règle relative aux offres se trouve nécessairement comprise dans celle qui est écrite pour les offres et la consignation. Mais maintenant, pour qu'il en soit ainsi, il faut que les offres aient été faites valablement; et pour cela, il ne suffit pas des diverses conditions indiquées par l'art. 1258, il faut encore et avant tout que ces offres aient été rendues nécessaires par un refus de recevoir de la part du créancier; c'est là une première condition exigée par la loi comme par la raison : l'art. 1257 commence par déclarer que si un débiteur peut faire des offres réelles, c'est seulement *lorsque le créancier refuse de recevoir son payement.* Or, si le

refus primitif du créancier se présume tout naturellement et nécessairement, quand ce créancier a été, de refus en refus, jusqu'à laisser consigner, ou même quand il n'a accepté qu'au moment de la consignation après avoir refusé les offres réelles, il est clair qu'il n'en saurait être de même, et que rien ne fait plus présumer ce refus antérieur aux offres réelles, quand le créancier a immédiatement accepté ces offres réelles.

Il faut donc dire (non d'après l'art. 1248 invoqué par Toullier et qui n'a rien à faire ici, mais d'après l'art. 1257) que la solution dépend de cette question de fait : y avait-il eu, oui ou non, avant les offres réelles, refus du créancier de recevoir un payement amiable? Dans le doute sur ce point, c'est au débiteur de faire preuve de ce refus, puisque c'est lui qui l'invoque et s'en fait une arme : *incumbit probatio ei qui dicit*. C'est donc au débiteur d'établir, soit par l'aveu du créancier, soit par témoins, soit autrement, qu'il n'a fait des offres réelles qu'après que le créancier avait refusé de venir prendre la somme chez lui ou en tout autre lieu où elle était payable; ou, si elle était payable chez le créancier lui-même, qu'après s'être présenté inutilement une première fois pour faire un payement amiable.

739. Cette dernière observation suffit pour faire comprendre à quel point Toullier a pris le change sur la question, et combien est faux le motif qu'il donne de sa décision, quoique cette décision nous paraisse juste en elle-même : « Si le créancier accepte les offres, dit-il, nul doute que les frais sont à la charge du débiteur, s'il était obligé de payer *au domicile du créancier*. C'est au débiteur de payer le *mandataire qu'il envoie dans sa place porter son argent*. D'ailleurs, les frais du *payement* sont à la charge du débiteur, d'après l'art. 1248. C'est la règle générale. » Comme on le voit, Toullier n'est pas même sur le terrain de la question, et il confond d'une étrange manière les frais du payement avec les frais des offres réelles. Sans doute, si le débiteur, obligé d'aller payer chez le créancier, envoie son argent par un huissier, au lieu de le porter lui-même, il doit payer la course de cet huissier, comme il aurait payé la sienne propre. Mais ce n'est pas là qu'est la question; et quand on ne comprend pas mieux que ne le fait ici Toullier les auteurs que l'on combat, il est bien impossible de s'entendre... Toullier suppose un débiteur qui, dès l'abord et pour la première fois, envoie un huissier à sa place; il suppose constant, notoire, avoué par le débiteur lui-même, qu'aucune offre amiable n'a été faite, et que c'est par l'envoi de l'huissier qu'a commencé ce débiteur, obligé d'aller payer chez le créancier. Or, la question était de savoir si des offres réelles, quand elles sont acceptées, doivent ou non *faire présumer* que des *offres amiables* ont été *préalablement* faites et refusées! Comment disputer sur le point de savoir si les offres réelles doivent *faire présumer* d'autres offres *antérieures*, quand on suppose constant que c'est par ces offres réelles que *l'on a débuté?...*

Une idée non moins étrange, plus étrange même, se trouve dans le numéro qu'a écrit M. Duranton sur cette même question. Voici le rai-

sonnement que le savant professeur prête à Pigeau : « Quand le créancier accepte les offres qui lui sont faites par l'huissier, il y a lieu de présumer que ce créancier *avait d'abord demandé son payement* à l'amiable, et que *le débiteur,* par impuissance *ou mauvaise volonté,* le lui *a refusé ;* donc, *c'est le créancier qui doit supporter les frais.* ».Et M. Duranton trouve cet argument excellent !... Il est vrai qu'il n'adopte pas la conclusion ; mais c'est uniquement parce que la majeure ne lui paraît pas exacte, parce que la présomption dont il s'agit n'est point écrite dans la loi ; et il ne nie pas que, si cette présomption existait, la conséquence serait juste ! Ainsi, du moment qu'on admettrait que le créancier *a demandé* son payement, et que le débiteur le lui *a refusé,* même par mauvais vouloir, il faudrait faire supporter les frais, non pas à ce débiteur, qui est en faute, mais au créancier, qui n'a rien à se reprocher !!!... — Bien entendu, on ne trouve pas dans Pigeau l'incroyable raisonnement que M. Duranton lui attribue. On y lit, au contraire (*Proc. civ.,* liv. III, vº Offres, § II, nº 3), que si le créancier doit (dans l'opinion de Pigeau) supporter les frais, c'est parce que « on ne présume pas que le débiteur fasse faire des offres par un huissier *avant d'en avoir fait lui-même amiablement.* » C'est précisément le contre-pied de l'argument présenté par M. Duranton.

740. Ainsi donc, il faut, pour mettre les frais des offres réelles à la charge du créancier qui les accepte, qu'il y ait eu d'abord des offres amiables ; et, bien entendu, il faut aussi que ces offres amiables aient été faites régulièrement. Si, lorsque le débiteur a prouvé qu'il avait d'abord fait des offres amiables, le créancier prouve à son tour que ces offres étaient irrégulières (par exemple, qu'elles étaient faites avant l'accomplissement d'une condition qui ne s'est réalisée que depuis et par conséquent avant que la dette n'existât), il est clair que les offres réelles sont alors les premières offres valables ; qu'on n'a rien à reprocher au créancier qui les accepte, et que les frais en sont pour le débiteur, qui ne devait faire d'offres réelles qu'après avoir fait des offres amiables *valables.*

1261. — Tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer; et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés.

1262. — Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions.

1263. — Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été declarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, ne peut plus pour le payement de sa créance exercer les priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés : il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti

que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter l'hypothèque.

741. Nous avions fait remarquer déjà que l'extinction de la dette par l'effet de la consignation valablement opérée n'est que conditionnelle, et qu'elle ne devient définitive qu'au moyen du contrat qui se forme entre le débiteur et le créancier par une acceptation de celui-ci, ou du quasi-contrat judiciaire résultant d'un jugement qui déclare la validité de la consignation. Bien entendu, il faut que ce jugement ait force de chose jugée, c'est-à-dire qu'il ne soit pas susceptible d'être réformé et remplacé par un jugement contraire, comme serait un jugement par défaut, qui pourrait tomber devant une opposition ; ou un jugement de premier ressort, qui pourrait être anéanti au moyen de l'appel.

Ainsi, l'extinction de la dette ne devient parfaite que par le contrat ou le quasi-contrat qui confirme la consignation, et n'est jusque-là que conditionnelle : nos trois articles posent ce principe et en déduisent les conséquences.

Tant qu'il n'y a ni acceptation ni chose jugée, le débiteur peut retirer son dépôt, et rendre ainsi non avenue la consignation qui n'est que son œuvre. Par ce retrait, la consignation qui avait éteint la dette provisoirement et conditionnellement se trouvant anéantie, la dette se retrouve toujours avoir existé ; et, par conséquent, les codébiteurs, cautions, hypothèques et autres accessoires qui garantissaient cette dette, subsistent toujours et continuent de la garantir. Au contraire, dès qu'il y a acceptation ou chose jugée, la dette est éteinte définitivement ; le débiteur, dès lors, ne pourrait plus reprendre la somme que du consentement du créancier, et le retrait ainsi opéré ne ferait naître qu'une créance nouvelle : les garanties qui protégeaient l'ancienne créance n'existaient donc plus, et on pourrait seulement en faire naître de nouvelles par les moyens ordinaires.

2° *Des dettes de corps certains.*

1264. — Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu.

SOMMAIRE.

I. Distinction entre le cas où le corps certain doit être livré au lieu où il se trouve ou dans tout autre lieu que le domicile du créancier, et le cas où le débiteur, par exception, est tenu de le porter à ce domicile.

II. Marche à suivre dans chacun des deux cas.

I. — 742. Quand il s'agit de choses autres que de l'argent, il n'est plus nécessaire de suivre les règles qui viennent d'être tracées. On ne pouvait pas exiger, en effet, qu'un débiteur enlevât du lieu même peut-être où elles doivent être livrées, cinquante ou soixante pièces de vin, ou cent balles de coton, ou une masse énorme de bois, etc., pour aller en faire la présentation effective au domicile du créancier. Une simple sommation, faite à ce créancier, de venir prendre les choses dues au lieu où elles doivent être livrées, devait suffire alors pour remplacer les offres réelles et la consignation exigées pour les dettes d'argent.

Notre article applique expressément cette règle au cas d'un corps certain qui se trouve actuellement au lieu où doit se faire la livraison; et il est bien clair qu'on ne peut pas, pour le cas où le corps certain se trouverait dans un autre lieu, abandonner cette règle pour se rejeter dans celle des articles précédents, puisqu'il ne dépendra jamais que du débiteur d'avoir le soin, avant de faire sa sommation, de transporter le corps certain au lieu où il doit être livré, et de se placer ainsi dans le cas littéralement prévu par notre article. Ainsi, la règle s'applique nécessairement à tous les cas où le corps certain doit être livré ailleurs qu'au domicile même du créancier, sous la seule condition, pour le débiteur, de transporter l'objet au lieu de la livraison, quand il n'y est pas déjà. Si donc notre article, comme le faisait, au surplus, Pothier lui-même (n° 542, alin. dern.), restreint sa disposition au cas d'un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, ce n'est pas par opposition au cas d'un corps certain qui devrait être livré et que le créancier devrait venir prendre dans un lieu autre que celui où se trouve actuellement l'objet (car, encore une fois, il serait trop facile au débiteur de se soustraire à la règle différente qu'on aurait voulu poser pour ce cas, et de faire rentrer ce second cas dans le premier) : c'est par opposition au cas où le débiteur serait obligé d'aller porter lui-même le corps certain chez son créancier. Dans cette dernière hypothèse, en effet, on suit nécessairement une autre marche; car le débiteur ne peut pas sommer son créancier de venir prendre en tel ou tel lieu l'objet qu'il est dans l'obligation d'aller lui porter lui-même.

Ainsi, deux cas sont ici à distinguer : ou le corps certain doit être pris par le créancier chez le débiteur ou ailleurs; ou bien il doit lui être livré chez lui par ce débiteur.

II. — 743. Dans le premier cas, on applique notre article. Le débiteur fait sommation au créancier de venir enlever l'objet du lieu où il doit être livré; cette simple sommation produit à elle seule l'effet que produisent dans les dettes d'argent les offres réelles et la consignation, en sorte que le débiteur, sans rien faire davantage, se trouve libéré immédiatement, sous la condition que sa sommation sera ensuite reconnue dûment et régulièrement faite soit par une acceptation du créancier, soit par un jugement. Nous disons qu'avant cette acceptation ou ce jugement, le débiteur n'a rien à faire que sa sommation; on voit, en effet, par le texte même de l'article, que si le débiteur fait suivre cette sommation d'une consignation (dont il doit alors faire désigner le lieu

par la justice), c'est qu'il le voudra bien et qu'il aura besoin de débarrasser le lieu dans lequel la chose est placée. Il va sans dire, au surplus, que, par analogie de ce qui a lieu pour les dettes d'argent, les frais de la sommation et ceux de la consignation, s'il y en a une, seront à la charge du créancier, pourvu qu'il soit établi que cette sommation n'a été faite qu'après refus du créancier d'aller se livrer de l'objet.

744. Dans le cas où le débiteur devait porter la chose au domicile du créancier et que celui-ci, au moment où le débiteur vient la lui livrer, refuse de la recevoir chez lui, le débiteur doit, en se procurant une preuve de ce refus, transporter la chose dans quelque maison de la même localité propre à la recevoir et où l'on veuille s'en charger, et la laisser là en dépôt en faisant sommation au créancier de venir l'y prendre. — Après ce dépôt et cette sommation, le débiteur serait-il tenu de faire désigner par un jugement un lieu de consignation; et cette consignation par jugement, qui n'est que facultative dans le cas précédent, serait-elle obligatoire dans celui-ci? Nous ne le pensons pas; et quoique le débiteur agît plus prudemment en le faisant, nous croyons qu'il n'est pas obligé de le faire. Il est bien vrai que, dans le cas précédent, l'objet, à défaut d'une consignation ordonnée par justice, se trouvait rester en dépôt dans le lieu même où il devait être livré; mais s'il n'en est pas de même ici, c'est précisément par la faute du créancier, puisque c'était son domicile qui était le lieu de la livraison et qu'on est venu le lui offrir à ce domicile inutilement; or, ce créancier ne peut pas se faire une arme de sa propre faute. Nous croyons donc que, dans ce cas comme dans le premier, le débiteur, sous la condition d'une acceptation postérieure du créancier ou d'un jugement qui déclare la régularité de ce qui s'est fait, sera libéré du jour même de la sommation qu'il a faite au créancier de venir prendre la chose dans le lieu où elle a été déposée immédiatement après le refus; et alors même que ce débiteur, parce que le dépositaire primitif ne voudrait pas continuer de garder la chose ou pour toute autre raison, ferait désigner un nouveau lieu de consignation, soit par un jugement exprès, soit (ce qui sera beaucoup plus simple) par le jugement même qui doit, en cas de continuation de refus, proclamer la régularité des actes et rendre la libération définitive, ce serait toujours du moment de la sommation, et non pas seulement à compter du dernier dépôt, que daterait l'extinction de la dette et la mise aux risques du créancier. — Nous n'avons pas besoin d'ajouter que, dans ce second cas comme dans le premier, tous les frais faits, à commencer par ceux du transport de la chose du domicile du créancier refusant au lieu où on l'a déposée, sont à la charge de ce créancier. Quant à ceux du transport jusqu'au domicile du créancier, il est clair qu'ils restent pour le compte du débiteur, puisque ce transport faisait partie de son obligation, et qu'il les aurait supportés également si le créancier avait accepté.

3° Des dettes de choses indéterminées.

745. Nous avons déjà fait observer que, d'une part, l'extrême diffi-

culté ou même l'impossibilité de faire voyager, en différents lieux et à de grandes distances, l'objet de l'obligation, existait tout aussi bien pour des choses non déterminées individuellement que pour des corps certains, et que, dès lors, la pensée du législateur n'avait pas pu être de soumettre ce cas aux règles établies pour les dettes d'argent; et que, d'un autre côté, le choix que le débiteur fait de la chose à offrir et son dépôt dans le lieu de la livraison (ou son transport au domicile même du créancier, quand c'est là, par exception, que le payement doit se faire), et enfin la sommation d'enlever à faire au créancier, et qui devra contenir la désignation précise et individuelle de la chose, ont pour effet de déterminer la chose qui était indéterminée d'abord, et de rendre ainsi applicables les règles des dettes de corps certains. On suivra donc, pour cette troisième et dernière catégorie d'obligations, les règles que nous venons d'exposer sous l'art. 1264.

Une seule observation particulière se trouve à faire ici : c'est pour le cas où, par exception au droit commun, le choix de la chose appartiendrait, non au débiteur, mais au créancier. Non-seulement, alors, il ne pourrait pas être question d'offres réelles, mais on ne pourrait pas non plus faire une sommation d'enlever tel objet, ni faire ordonner directement, si le débiteur avait besoin du local, le dépôt de ce même objet dans un autre lieu; on ne le pourrait pas, puisque c'est précisément le choix du créancier qui doit déterminer l'objet, et que le créancier refuse de faire ce choix. Dans ce cas, le débiteur, après le premier refus du créancier, lui fera sommation de venir *choisir* et enlever l'objet; et sur le nouveau refus d'obtempérer à cette réquisition, il obtiendra un jugement ordonnant que, faute par le créancier de venir faire son choix, ce choix sera fait pour lui par telle personne, et la chose ainsi choisie déposée en tel lieu.

§ 5. — De la cession de biens.

746. Nous avons déjà dit que la cession de biens n'ayant aucun rapport logique avec la matière du payement et l'idée d'extinction des obligations (puisqu'elle est seulement un moyen de soustraire le débiteur à l'emprisonnement, sans le libérer de sa dette), nous placerons l'explication des six articles de ce paragraphe dans le titre *De la Contrainte par corps*. C'est ce que font Delvincourt (III, tit. X, chap. v) et M. Zachariæ (IV, p. 132 et 147, § 586 et 587); et Pothier s'était bien gardé aussi de placer le bénéfice de cession dans son *Traité des obligations*.

SECTION II.

DE LA NOVATION.

747. La novation, que nous rencontrons ici comme seconde cause d'extinction des obligations, est le changement d'obligation, la transformation d'une obligation en une autre. La novation peut résulter d'un jugement; mais l'explication du quasi-contrat judiciaire appar-

tenant à la procédure, nous n'avons à nous occuper ici que de la novation conventionnelle, la seule dont parle notre section.

1271. — La novation s'opère de trois manières :

1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte;

2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier;

3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.

748. La novation, ou transformation de l'obligation, peut s'opérer de trois manières : 1° par le changement d'obligation seulement, le débiteur et le créancier restant les mêmes : par exemple, si nous convenons que je vous donnerai mon cheval à la place des 1 000 francs que je vous devais; 2° par le changement de débiteur : ainsi, vous consentez à me tenir quitte des 1 000 francs que je vous dois, parce que Pierre s'oblige à vous les payer à ma place; 3° enfin, par le changement de créancier : ainsi, vous me déchargez de l'obligation où j'étais de vous payer 10 000 francs, parce que je m'oblige à servir à votre père une rente viagère de 700 francs.

Ces trois modes de novation peuvent, au surplus, se combiner et concourir pour opérer une seule novation d'obligation. Ainsi, quand vous me tenez quitte de ma dette de 1 000 francs, parce que Pierre s'oblige à vous livrer son cheval à la place, il y a tout à la fois changement de débiteur et changement d'objet de l'obligation. De même, si vous me tenez quitte de ma dette de 10 000 francs, parce que Pierre s'oblige à payer à votre père la pension de 700 francs, il y a tout à la fois changement d'objet d'obligation, changement de débiteur et changement de créancier. Et si plusieurs causes de novation peuvent ainsi concourir pour éteindre une seule obligation, il peut arriver réciproquement qu'une seule cause de novation éteigne d'un même coup plusieurs obligations, non-seulement au profit d'un même débiteur, mais même pour des débiteurs multiples. Ainsi, vous pouvez me libérer de mon obligation de vous servir telle rente, de mon obligation de vous livrer mon cheval, et de celle encore de vous bâtir une maison, en vue de l'obligation unique que je contracte de vous payer une somme de... Que si, Pierre vous devant 500 francs, et Paul 500 francs, Jacques s'oblige à leur place à vous payer les 1 000 francs, les deux dettes de Pierre et de Paul seront éteintes par le seul changement de débiteur. Ainsi encore, quand Primus doit 500 francs à Secundus, que celui-ci doit une somme égale à Tertius, qui lui-même en doit une à Quartus, ces quatre personnes peuvent convenir que Primus se constituera débiteur de 500 fr. envers Quartus, et que tout le reste s'évanouira : de cette façon, les trois créances de Quartus sur Tertius, de celui-ci sur Secundus et de

ce dernier sur Primus s'éteindront à la fois. Il est vrai qu'alors il y a deux causes de novation, changement de créancier pour la dette de Primus, et changement de débiteur pour les deux autres ; mais on voit que cette dernière cause éteint en même temps à elle seule deux obligations, et on conçoit qu'elle pourrait de la même manière en éteindre beaucoup plus.

1272. — La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter.

SOMMAIRE.

I. Les deux parties doivent avoir la capacité, l'une de renoncer à sa créance, l'autre de contracter la nouvelle dette. A défaut de cette capacité, la novation est annulable.

II. L'annulation porte sur le contrat entier de novation ; en sorte que, si l'on enlève la remise de la première dette, la seconde dette disparaît en même temps.

III. Réfutation de la doctrine contraire de Toullier, M. Duranton, M. Zachariæ, etc. — Observations sur l'obligation naturelle.

IV. Il en est de même quand la nouvelle obligation est annulée pour erreur, violence ou dol. Faux motif de Toullier ; fausse décision de Zachariæ.

V. Quand la seconde dette est conditionnelle, la novation peut néanmoins s'opérer immédiatement. Critique de Zachariæ et de M. Duranton.

VI. *Quid* lorsque c'est l'ancienne dette qui se trouve annulable (pour incapacité ou autre cause) ou conditionnelle ?

VII. Quand c'est une nullité radicale qui frappe soit l'ancienne obligation, soit la nouvelle, le novation n'est jamais possible.

I. — 749. Toute novation contient, de la part du créancier, l'abandon de sa créance, et, de la part de l'autre partie, la soumission à l'obligation nouvelle qui doit remplacer l'ancienne. Il faut donc, pour que le contrat de novation se forme régulièrement, que les deux parties soient capables, non pas précisément de former toute espèce de contrat, mais du moins, l'une, d'aliéner la créance qu'il s'agit d'éteindre, et l'autre de consentir l'obligation que l'on veut substituer à la première.

Nous disons que cette capacité des deux parties est nécessaire pour la régularité et la pleine validité de la novation ; mais elle ne l'est pas pour son existence. On sait, en effet, que l'incapacité d'une partie n'empêcherait pas le contrat de se former et de produire ses effets : ce contrat et ses conséquences seraient seulement annulables, et ils ne pourraient même être annulés que sur la demande de l'incapable, non sur celle de l'autre partie (art. 1125). Notre article signifie donc que, entre personnes incapables, la novation ne peut pas s'opérer régulièrement et irrévocablement.

II. — 750. La conséquence de l'annulation que ferait prononcer dans ce cas la partie incapable paraît évidente et de nature à ne soulever aucune controverse : ce serait de faire déclarer non avenu le contrat de novation, et de remettre toutes choses au même état que devant.

Par exemple, quand un mineur, qui est mon créancier d'une somme

de 500 francs, convient avec moi qu'au lieu de ces 500 francs je lui donnerai mon cheval, il est bien clair que si ce mineur fait annuler, on annulera nécessairement la convention elle-même dans son ensemble, et non pas seulement la remise que le mineur m'avait faite de ma dette de 500 francs. Ainsi, ce mineur ne pourra pas me dire : « J'ai excédé ma capacité en renonçant à mon ancienne dette, qui dès lors doit être maintenue; mais comme j'étais capable d'acquérir la créance nouvelle, celle-ci doit subsister néanmoins : en sorte que je puis exiger maintenant et les 500 francs et le cheval. » Personne ne serait tenté d'admettre un pareil résultat. D'après les termes mêmes de notre article, c'est la *novation* qui s'est opérée irrégulièrement; c'est elle dès lors qui doit être annulée; en sorte que rien n'aura été fait, et je devrai toujours les 500 francs, mais rien que les 500 francs. Et, en effet, puisqu'on annule la remise que l'incapable m'avait faite de mon obligation de 500 francs, cette obligation se trouve donc avoir toujours existé; et, par conséquent, on ne peut pas maintenir celle qui ne devait exister qu'en tant qu'il y avait à remplacer la première.

Réciproquement, si c'est le mineur qui, en obtenant la remise de la première dette, a contracté la dette nouvelle, la décision devra être semblable. Ainsi, ce mineur s'oblige à me livrer tel cheval au lieu et place des 500 francs que lui ou telle autre personne me devait, et forme ainsi avec moi une novation; puis il fait annuler ensuite. N'est-il pas évident que l'annulation portera nécessairement sur le contrat de novation, sur la convention entière, et non pas seulement sur une des deux parties de cette convention, l'obligation nouvelle? Le mineur ne pourra pas dire : « J'étais incapable de m'obliger, et dès lors mon obligation de livrer le cheval est nulle; mais comme je n'étais pas incapable de stipuler la libération de mon ami ou la mienne, cette libération reste acquise, et le créancier, quoique ne recevant pas le cheval, ne peut plus exiger non plus les 500 francs. » Une telle prétention serait, comme la première, contraire et au texte de notre article, et aussi à tous les principes du droit et de l'équité. Le créancier n'a pas consenti l'extinction de sa créance purement et simplement, il ne l'a consentie qu'en tant qu'une obligation nouvelle viendrait remplacer l'ancienne; mais, puisque cette obligation nouvelle est annulée et se trouve n'avoir jamais existé, la première ne s'est donc pas éteinte. — La novation n'est possible qu'au moyen de deux obligations dont l'une s'éteint et l'autre remplace celle-ci; mais, puisqu'une des deux obligations se trouve n'avoir jamais existé, la novation n'a donc jamais été possible.

III. — 751. Si conforme que cette doctrine puisse être aux règles du droit, de la raison et de la justice, elle est cependant repoussée par les auteurs (1); et quoique leur décision se trouve démontrée fausse à l'avance par ce qui vient d'être dit, nous devons insister sur les principes

(1) Toullier (VII, 298, 300 et 302); Delvincourt, Duranton (XII, 282); Dalloz (*Obligat.*, p. 606, n° 10); Zachariæ (II, p. 395).

erronés qui lui servent de base. Car, ainsi que l'a dit un judicieux jurisconsulte, « la science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes que dans la connaissance des véritables. » (Garran, *Rép.* de Merlin, v° Novation.)

Le système des auteurs se réduit à ceci : c'est d'abord un principe fondamental, principe déduit des règles du Digeste par les glossateurs, que du moment qu'une obligation se trouve éteinte, elle ne peut pas revivre : *obligatio semel extincta non reviviscit*. D'ailleurs, s'il faut pour l'accomplissement de la novation qu'une seconde obligation remplace la première, il suffit très-bien que cette seconde obligation existe naturellement; or, quand un incapable fait annuler l'obligation qu'il avait contractée, cette obligation n'est annulée que civilement et continue de subsister comme dette naturelle. Aussi Justinien déclare-t-il (*Instit.*, liv. 3, tit. 29, § 3) que si Titius se fait promettre par un pupille non autorisé, ce que lui devait une autre personne, l'obligation de celle-ci demeure éteinte par la novation, quoique l'obligation du pupille soit nulle.

Ces idées, vraies dans la législation romaine, sont profondément fausses chez nous, et l'erreur provient ici, comme dans tant d'autres circonstances, de cette fâcheuse facilité avec laquelle on accepte des traditions que le Code a brisées. M. Garran, dans l'article duquel nous regrettons de ne pas voir cette question traitée, disait avec beaucoup de raison que, si la matière de la novation paraît si difficile, « c'est par l'application qu'on y a faite mal à propos des lois romaines, qui, à cet égard comme à tant d'autres, ont des principes purement relatifs à leur système particulier de législation (*loc. cit.*). »

752. Pour ce qui est d'abord du principe qu'une obligation éteinte ne peut pas revivre, il ne saurait nous arrêter. Car, d'une part, notre doctrine consiste précisément à dire que la seconde dette se trouvant, par son annulation, n'avoir jamais existé, la première se trouve par là même n'avoir jamais été éteinte. D'un autre côté, alors même qu'on regarderait la dette comme ayant été éteinte absolument et qu'on respecterait d'ailleurs la règle de la glose à l'égal d'un texte de loi, il suffirait de faire remarquer que cette règle n'était déclarée applicable que sauf toute exception requise par l'équité : *obligatio semel extincta non reviviscit*, NISI JUSTA CAUSA SUBSIT EX QUA ÆQUITAS SUBVENIAT.

Voyons maintenant s'il est possible d'appliquer dans notre droit français l'idée que l'obligation annulée pour incapacité laisse subsister une obligation naturelle suffisante pour opérer la novation.

A Rome, la classe des obligations purement naturelles était fort large, et cela devait être dans une législation complétement organisée en dehors de la nature des choses. A côté des règles, antinaturelles, organiques de la parenté (et d'après lesquelles on sait que l'enfant n'était pas parent avec *sa mère*, ou pouvait tout au plus l'avoir pour *sœur*), le droit romain avait aussi ses lois antinaturelles pour la création des obligations; et toute dette qui ne s'était pas formée d'après ces règles spéciales, si respectable et si valide qu'elle fût aux yeux de la con-

science et de la raison, n'avait rien d'obligatoire civilement et restait simple dette naturelle. C'est ainsi qu'une convention, si capables que fussent ses auteurs, si positives et si réfléchies que fussent les promesses réciproques, si profondément obligatoire que cette convention pût être en fait et en équité, ne produisait aucun effet civil et ne créait, sous le nom de *pacte*, que des obligations naturelles, du moment qu'elle n'avait pas revêtu telle ou telle forme voulue par le *jus civile*. — Chez nous, au contraire, l'idée fondamentale de la loi a été de se mettre d'accord avec la nature même des choses; et notre législateur a voulu que les règles du droit ne fussent, autant que possible, que les règles de la raison elle-même. Par exemple, au lieu de se former seulement *re, litteris* ou *verbis*, et de ne résulter du seul consentement que dans *quatre cas* exceptionnels et privilégiés, l'obligation conventionnelle peut se former partout et toujours, dans notre droit français, par le simple consentement; et les mille conventions qui n'auraient été à Rome que des *pactes* dénués de toute force juridique, sont pour nous de véritables contrats créant l'obligation civile. La classe des obligations purement naturelles se trouve donc aujourd'hui supprimée en principe, et n'existe plus que comme une rare exception. C'est évident, puisque l'obligation naturelle est celle qui existe en équité, sans exister en droit, et que chez nous le droit reconnaît, en principe, toutes les obligations que reconnaît l'équité.

Ainsi, pour ce qui est de l'obligation des incapables, il faut bien se garder de croire qu'une telle obligation, une fois qu'elle est annulée, continue de constituer aux yeux de la loi une obligation naturelle. Quand notre législateur déclare nulle la promesse du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, ce n'est pas avec la pensée qu'elle est valable en équité (car s'il avait cette pensée, il la déclarerait valable en droit), c'est précisément parce qu'il lui semble que ceux qui l'ont contractée n'étaient pas dans les conditions voulues pour s'obliger raisonnablement. S'il la déclare nulle civilement, c'est parce qu'il la présume nulle naturellement... Que si l'incapable, après avoir fait annuler tout d'abord la promesse, vient ensuite (par lui-même devenu capable ou par ses représentants légaux) en faire une exécution régulière ou en reconnaître autrement la validité, cette exécution ou cet aveu prouve au législateur que sa présomption était en défaut pour ce cas particulier; et on sait alors, mais alors seulement, que la promesse civilement annulée était demeurée obligatoire naturellement. Donc, tandis qu'à Rome la promesse qui était nulle civilement pouvait très-bien se reconnaître immédiatement comme naturellement obligatoire, chez nous, au contraire, la promesse mise au néant en droit est également réputée le néant en fait et en équité, jusqu'à preuve contraire, et cette preuve contraire ne peut résulter que de l'exécution ou de quelque autre acte constituant un aveu manifeste de la validité de l'obligation annulée.

Il suit de là que, dans l'esprit de notre loi française, la promesse que l'incapable a fait annuler se trouve inexistante en équité comme en

droit, et ne présente pas plus d'obligation naturelle que d'obligation civile. Donc, quand l'incapable qui m'a consenti une obligation (en remplacement soit d'une autre obligation à lui propre, soit de l'obligation d'un autre débiteur) en fait prononcer la nullité, cette obligation se trouve légalement n'avoir jamais existé, ni civilement ni même naturellement; la condition de deux obligations, dont la seconde vienne remplacer la première, ne s'est pas réalisée; la novation, que l'on a cru s'opérer, ne s'est point accomplie; et l'obligation primitive, que l'on a cru s'éteindre, a continué de subsister.

753. Ces observations, en répondant à la prétendue existence d'une obligation naturelle dans la promesse annulée de l'incapable, répondent aussi à l'autorité, invoquée dans le système contraire, de la décision de Justinien; mais nous avons à ajouter, sur cette décision, une observation spéciale qui fera mieux comprendre encore l'inapplicabilité des règles romaines à la question qui nous occupe.

A Rome, la novation ne pouvait se faire que par les paroles solennelles de la stipulation; et l'on sait que la stipulation était l'un des actes les plus étrangement marqués au coin de ce formalisme bizarre dont notre Code a brisé les derniers restes. Les paroles régulièrement prononcées, les *mots* par eux-mêmes et sans aucune considération de l'intention réelle des parties, étaient, à l'instar d'une baguette magique, le seul et unique principe générateur du droit. Avec un consentement positivement avoué, si les paroles voulues n'étaient pas prononcées, le droit n'existait pas. Au contraire, le consentement fût-il vicié par l'erreur ou la violence, du moment que les mots avaient été prononcés, le droit existait!... Maintenant, comme le pupille, tout incapable qu'il était de s'obliger, avait le droit, en sa qualité de citoyen romain, de figurer dans la stipulation; du moment que les paroles voulues pour opérer novation étaient prononcées par le créancier et par lui, cette novation existait quand même. Au contraire, si les paroles avaient été prononcées par un esclave ou un étranger, la novation, quoique ceux-ci eussent la plus mûre intelligence de ce qu'ils faisaient et la plus parfaite volonté de nover, ne s'accomplissait pas, parce que l'esclave et l'étranger n'avaient pas le droit de jouer un rôle dans ce spectacle solennel de la stipulation. C'était donc par la toute-puissance de la forme, et par la seule puissance de la forme, que la novation s'accomplissait ainsi, malgré l'impuberté d'une partie, comme elle se serait accomplie malgré la volonté même d'une partie violentée ou induite en erreur! Or, qu'y a-t-il de commun entre un pareil formalisme et l'esprit de notre droit moderne, qui laisse les mots pour ne s'occuper que des choses, qui veut que toute convention s'exécute de bonne foi et entraîne toutes les suites que demande l'équité? (Art. 1134 et 1135.)

Donc l'incapacité de la partie qui s'oblige produit la nullité, non pas seulement de l'obligation ainsi contractée, mais bien de la novation même, en sorte que l'ancienne dette continue de subsister; de même que l'incapacité de la partie qui renonce à l'ancienne dette produit la nullité, non pas seulement de la renonciation, mais aussi de la dette

nouvelle, en faisant disparaître le contrat de novation en entier. C'est d'ailleurs ce qui résulte du texte même de notre article, puisqu'il déclare que l'incapacité (sous la condition d'être invoquée par l'incapable) empêche la *novation* de s'opérer.

IV. — 754. Puisque la novation se trouve non avenue et laisse subsister la première obligation, lorsque la seconde est annulée pour incapacité, il est clair qu'il en serait de même si l'annulation était prononcée pour erreur, violence ou dol. Il semble même que le doute n'était pas possible ici; car il est palpable que l'équité ne peut, pas plus que le droit, respecter une promesse résultant du dol, de l'erreur ou de la violence. L'inexistence, comme obligation naturelle, de la promesse civilement annulée, est évidente dans ce cas; et, dès lors, la seconde obligation, qui devait opérer la novation par sa substitution à la première, se trouvant évidemment n'avoir jamais existé, même comme purement naturelle, l'impossibilité de toute novation se touche du doigt.

Aussi Toullier avoue-t-il (n° 299) que, dans ce cas, la novation est non avenue et la première obligation toujours subsistante. Il est vrai qu'il appuie cette décision sur un motif erroné; car il se fonde sur ce que, par l'effet du dol, de la violence ou de l'erreur, l'obligation se trouve radicalement nulle et inexistante de plein droit, tandis que c'est là, ainsi qu'on l'a vu plus haut (art. 1109, 1110, n° II, 1111, 1115, 1116), une simple cause d'annulation, comme l'incapacité. Mais enfin, si le motif est faux, la décision du moins est exacte; et on s'étonne de voir M. Zachariæ critiquer en même temps et le motif et la décision.

Selon lui, la première obligation reste éteinte, malgré l'annulation de la seconde pour erreur, violence ou dol. La raison qu'il en donne, c'est que, si le débiteur n'a contracté la nouvelle obligation que par erreur, violence ou dol, ce n'est pas par erreur, violence ou dol que le créancier a consenti sa renonciation à la première, et cette renonciation n'étant pas viciée, comme l'est la promesse nouvelle, elle doit donc être maintenue... C'est faire une étrange confusion, et identifier l'extinction par *novation* avec l'extinction par simple *remise,* dont nous parlerons dans la section suivante. Sans doute, quand l'obligation a été éteinte par la remise simple et directe qu'en a faite le créancier, ce serait au créancier, qui voudrait faire annuler cette remise, de prouver qu'elle est viciée et se trouve annulable par telle ou telle circonstance. Mais quand il s'agit de *novation,* c'est-à-dire d'une remise qui n'est faite qu'au moment du remplacement de l'obligation première par une seconde obligation, il est clair que, quand il sera prouvé que cette seconde obligation n'a jamais existé, la première n'aura pas été éteinte, puisque la novation n'aura pas été possible.

V. — 755. Un dernier cas nous reste à examiner. C'est celui où la seconde obligation ne serait contractée que sous une condition, soit suspensive, soit résolutoire.

A Rome, du moment que l'une des deux obligations, soit l'ancienne, soit la nouvelle, était conditionnelle, c'est-à-dire soumise à une condi-

tion suspensive (1), la novation était impossible; et cela devait être dans une législation où l'on s'attachait avec une rigueur toute mathématique aux principes de la science juridique, qui constituait une espèce de géométrie sacrée, ne permettant pas de s'occuper en rien de la volonté des contractants. La promesse conditionnelle, disait-on, n'est pas rigoureusement une obligation; c'est seulement l'espérance d'une obligation, *spes est tantum debitum fore*. Or, la novation n'est possible qu'entre deux obligations. M. Zachariæ (II, p. 390) enseigne que cette règle, reproduite autrefois par Pothier (n°s 550 et 551), doit encore être suivie sous le Code Napoléon. C'est une grave erreur.

Si la promesse conditionnelle n'est point une obligation parfaite, c'est une obligation imparfaite, c'est une obligation quelconque: quand je vous ai promis 500 francs si tel navire revient, je suis immédiatement lié en quelque chose, je n'ai plus toute ma liberté, puisque je ne puis pas faire que le navire ne revienne pas et que je n'aie pas à vous payer les 500 francs. Mais si je suis *lié* en quelque chose, il y a donc déjà une certaine *obligation,* un certain *vinculum;* et parce que ce lien est moins étroit que tel autre, est-ce donc une raison pour que je ne puisse pas m'en débarrasser comme de tout autre? Si nous convenons qu'à la place de cette obligation conditionnelle de 500 francs je serai soumis à une dette pure et simple de 200 francs, par quel motif, par quel prétexte pourrait-on refuser de valider une telle convention? Réciproquement, s'il convient à mon créancier et à moi de substituer à une obligation pure et simple de 200 francs une obligation conditionnelle de 500 francs, pourquoi la convention n'aurait-elle pas son effet? Enfin, pourquoi ne respecterait-on pas de même la convention par laquelle nous substituons la dette conditionnelle de 500 francs à la dette également conditionnelle de tel cheval?...

Il est évident que, dans notre droit français, toute convention licite, et faite avec intention de s'obliger, oblige en effet. Donc, toute convention d'éteindre une obligation par une autre aura pleine force, aussi bien quand l'une ou chacune des deux obligations sera conditionnelle, que quand chacune d'elles sera pure et simple.

Sans doute, si on reconnaît que les parties ont entendu ne substituer la nouvelle obligation à l'ancienne qu'autant qu'il y aurait accomplissement de la condition imposée à l'une de ces obligations, on devra respecter leur volonté. Mais ce ne sera pas parce que la novation est impossible avec l'obligation conditionnelle; ce sera parce que les conventions doivent partout et toujours s'exécuter de bonne foi comme les parties les ont comprises (art. 1134). En un mot, il n'y a et ne peut y avoir ici qu'une question d'intention.

756. La solution contraire de M. Zachariæ est tellement inadmissible,

---

(1) On sait, en effet, que toute condition est nécessairement suspensive, et que celle que le Code appelle résolutoire n'est autre chose qu'une condition *suspensive* frappant sur la *résolution* de l'obligation (art. 1168, n° I).

elle répugnerait tellement à nos idées françaises, que Delvincourt et M. Duranton (XII, 296 et 300), qui admettent le faux point de départ du professeur allemand, aiment mieux se jeter dans la contradiction et l'absurdité plutôt que d'adopter cette solution. Ils disent que la règle romaine de l'impossibilité d'une novation en cas de conditionnalité de l'une des dettes est encore aujourd'hui un *principe* de notre droit, mais qu'il y aura *exception* à ce principe quand les parties l'auront ainsi voulu. C'est arriver à notre résultat en biaisant et par des idées contradictoires. C'est proclamer tout d'abord que le principe romain existe encore, pour avouer bientôt après qu'il n'existe plus. Car dire que les parties peuvent aujourd'hui nover malgré la conditionnalité quand elles le veulent ainsi, c'est bien dire que cette conditionnalité ne rend plus la novation impossible, et c'est par conséquent constater la suppression du principe romain.

Et, en effet, comment notre Code, qui ne recherche dans les conventions que la volonté des parties, aurait-il pu adopter un principe qui aurait la plupart du temps pour effet de contredire cette volonté et de dénaturer la convention?... Je conviens avec vous de substituer à ma dette pure et simple de 200 francs la dette conventionnelle d'un cheval qui vaut 400 francs. Le droit romain nous dit qu'il n'y a pas actuellement novation, et que cette novation n'existera que si la condition prévue s'accomplit et donne une existence parfaite à la seconde obligation. Eh bien! il y a là tout à la fois mensonge et iniquité. — Il y a mensonge; car dire que la novation ne s'opère pas immédiatement, mais s'opérera si la condition prévue s'accomplit, c'est enlever de la seconde obligation une condition que nous y avons mise, pour la transporter sur la novation même à laquelle nous n'avons pas voulu l'apposer; c'est rendre pur et simple ce que nous avons fait conditionnel, et conditionnel ce que nous avons fait pur et simple : nous avons entendu remplacer *purement* telle dette par telle autre dette *conditionnelle*, et la loi romaine déclare que nous avons remplacé *conditionnellement* telle dette par telle autre dette *pure et simple;* c'est mentir deux fois pour une à la réalité des choses, pour se jouer de nos intentions et les dénaturer!... Et voyez les conséquences iniques de ce système. La novation restant pure et simple, comme nous l'avons faite, ma dette de 200 francs est immédiatement éteinte; et l'obligation conditionnelle qui la remplace, si elle présente la chance de me faire payer une valeur double par l'accomplissement de la condition, me donne réciproquement la chance de ne rien payer, par l'inaccomplissement de cette même condition : c'est parfaitement juste. Au contraire, dans les principes romains, si la condition s'accomplit, il y aura novation, et je payerai l'objet de 400 francs; et si la condition ne s'accomplit pas, la novation n'aura pas eu lieu : je serai toujours soumis à la première dette, et je payerai les 200 francs; en sorte que je courrai la chance de payer le double, sans avoir aucune chance de diminution!

Comment notre Code eût-il pu consacrer de tels principes?

757. Il faut donc reconnaître que la règle romaine, résultat assez

naturel des formes rigoureuses par lesquelles la novation s'accomplissait (formes qui opéraient ou n'opéraient pas, d'après des causes dans lesquelles la volonté des parties n'entrait pour rien), a disparu de notre droit à la suite de ces formes elles-mêmes. Il faut reconnaître que dans le contrat de novation, comme dans tout autre, les parties sont libres de faire leur convention pure et simple (quoique, d'ailleurs, l'une ou chacune des deux obligations à substituer l'une à l'autre soit conditionnelle) ou de la faire conditionnelle (quoique les deux obligations soient pures et simples); qu'il est conforme à l'esprit du Code, puisqu'il est conforme à la raison et à l'équité, de pouvoir substituer l'une à l'autre des obligations conditionnelles, l'imperfection de leur existence ne répugnant en rien à cette substitution; et qu'enfin, l'intention des parties à cet égard, seule règle qu'il y ait à suivre en ce cas, se déterminera ici, comme partout ailleurs, par la déclaration de ces parties, et, à défaut de déclaration suffisante, par l'indication que les circonstances donneront à leur volonté.

La plus significative de ces circonstances sera ordinairement la valeur comparée des objets des deux obligations. Supposons, par exemple, que nous soyons convenus, sans préciser autrement notre pensée, qu'au lieu de rester votre débiteur du cheval que je dois vous livrer dans six mois et qui vaut environ 500 francs, je vous devrai désormais, pour la même époque, une somme de... si j'obtiens telle place : on conçoit que le chiffre de la somme promise pourra suffire souvent à lui seul pour faire saisir la pensée, incomplétement exprimée, des contractants. Si cette somme est de 1 500 francs, par exemple, on verra bien que les parties ont entendu appliquer cette condition à l'obligation nouvelle, et non à la novation; on verra bien que la pensée n'a pas pu être de remplacer *conditionnellement* la dette du cheval par une dette *pure et simple* des 1 500 francs. Le débiteur, en effet, n'aurait pas voulu courir la chance de payer trois fois la valeur primitivement due, s'il n'avait pas eu la chance réciproque de ne rien payer. La pensée est donc nécessairement celle-ci : 1° la dette du cheval est éteinte absolument et quoi qu'il arrive; 2° au lieu de cette dette du cheval, le débiteur contracte une dette conditionnelle de 1 500 francs : il payera ces 1 500 fr. s'il obtient la place; il ne payera rien dans le cas contraire. Mais si la somme à payer ne représentait que la valeur du cheval, on verrait par là que la condition tombe sur la novation même, et non sur la nouvelle obligation. Car le créancier n'a pas pu se soumettre à la chance de ne rien obtenir, quand il n'avait pas la chance réciproque d'obtenir un avantage plus grand. La pensée, dans cette seconde hypothèse, est nécessairement que, si la place est obtenue, on payera les 500 francs au lieu du cheval, et que, dans le cas contraire, c'est le cheval qui restera dû.

758. Nous n'avons pas besoin de faire observer, au surplus, que la condition, soit suspensive, soit résolutoire, pourrait fort bien, si les parties le voulaient ainsi, porter tout à la fois sur la novation même et sur la nouvelle obligation au moyen de laquelle on l'opère. Ainsi, nous

pouvons bien convenir que ma dette actuelle sera remplacée par une autre si tel événement arrive; et que cette autre obligation sera elle-même soumise à telle autre condition : par exemple, je serai soumis à la seconde dette, et non plus à la première, si tel navire revient des Indes d'ici à trois mois; et cette seconde obligation consistera à vous payer telle somme si j'épouse telle personne...

VI. — 759. Après avoir étudié les effets de l'annulation et de la conditionnalité dans la seconde obligation, nous devons rechercher en quelques mots quels effets elles produiront quand elles auront lieu pour la première.

La novation, comme nous l'avons déjà dit, et comme le bon sens l'indique, exige, pour s'accomplir, deux obligations : de même qu'il ne peut pas y avoir, par novation, extinction de l'ancienne dette quand on n'en fait pas naître une nouvelle, de même une nouvelle dette ne pourra pas exister quand il n'y en aura pas une première à éteindre, et et que cette dette qu'on voudrait éteindre se trouvera légalement ne point exister. La seconde obligation, dans ce cas, aura été contractée sur une fausse cause, et elle sera dès lors complétement nulle (article 1131). Si donc une obligation annulable vient en effet à être annulée après qu'elle a été l'objet d'une novation, cette obligation, par l'effet de l'annulation prononcée, se trouvant n'avoir jamais existé, la novation n'aura été qu'un fait non avenu en droit, et la seconde obligation n'existera pas.

760. Cette première solution nous paraît sans difficulté; mais ce qui peut être plus embarrassant, c'est de savoir dans quels cas une obligation annulable restera telle malgré la novation dont elle aura été l'objet. Elle ne le sera pas toujours, assurément; car il est évident que la novation emportera souvent renonciation à l'action en nullité. — Ainsi, quand un incapable, après avoir contracté une obligation qu'il pourrait faire rescinder vu sa qualité, revient (avec l'assistance dont il a besoin, ou bien ayant acquis sa pleine capacité) transformer cette obligation vicieuse en une obligation nouvelle qu'il contracte régulièrement, il est bien clair qu'il y a eu là renonciation à faire rescinder, ratification de la première dette, et que c'est en remplacement d'une obligation par lui reconnue valable que le débiteur s'est soumis à la nouvelle obligation. — Il en serait de même si le débiteur n'avait contracté la première obligation que par violence, et qu'il vînt ensuite la nover librement. — Que si la première dette était entachée d'erreur ou de dol personnel, la novation contiendra encore renonciation à l'action en nullité, s'il est prouvé (soit par les termes de l'acte, soit par les circonstances) que le débiteur avait découvert l'erreur ou le dol au moment de la novation. Dans le cas contraire, l'action en nullité subsisterait toujours. — En un mot, la novation consentie par le débiteur supposera et prouvera la renonciation au droit de faire annuler, toutes les fois que ce débiteur connaissait le vice de l'obligation qu'il novait. Dans le cas contraire, l'obligation pourra toujours être annulée; et, si elle l'est en

effet, elle se trouvera par là n'avoir pas existé lors de la novation, et cette novation sera nulle.

761. Mais que déciderait-on si la novation de l'obligation annulable se faisait, non pas entre le créancier et le débiteur, mais entre le créancier et un tiers? Ainsi, Pierre est débiteur de 500 francs, par l'effet d'une convention qui se trouve dans le cas d'être annulée soit pour incapacité, soit pour erreur, violence ou dol, et Paul vient s'obliger envers le créancier à lui payer ces 500 francs à la place de Pierre, qui doit par là se trouver libéré : quel sera l'effet de cette novation, en supposant que Paul fasse annuler? La question nous paraît délicate; mais voici toutefois les règles qui nous semblent devoir être suivies.

Si le tiers ignorait, lors de la novation, le vice de la première obligation, on doit dire, comme pour la novation ainsi consentie en ignorance de cause par le débiteur lui-même, que la première obligation se trouvant, par l'effet de l'annulation qui est prononcée, n'avoir jamais existé, la novation se trouve non avenue et la nouvelle obligation nulle pour défaut de cause. — Que si ce tiers connaissait bien le vice dont l'obligation première était entachée, la novation ainsi consentie par lui en connaissance de cause sera encore nulle en principe, à la différence de celle qui aurait été consentie dans les mêmes conditions par le débiteur; mais ce principe disparaîtra souvent devant les circonstances du fait. En effet, la novation que vient consentir un tiers n'enlève pas au débiteur le droit de faire annuler sa dette, et cette dette une fois annulée, se trouvant n'avoir jamais existé, il s'ensuivra que la novation n'a pas été légalement possible. Tel est le principe; mais s'il est reconnu en fait, soit par la déclaration expresse des parties, soit par les circonstances, que la pensée du tiers a été de s'obliger pour le cas même où la première dette serait annulée, et c'est ce qui pourra souvent avoir lieu (l'obligation du tiers pourrait même avoir été contractée précisément en vue et dans la crainte d'une annulation que le tiers croit contraire à l'équité), on doit dire alors que le tiers ayant regardé l'obligation vicieuse en droit comme parfaitement valable en équité, l'annulation civile de cette obligation n'empêchera pas la novation de se maintenir comme ayant substitué une nouvelle dette civile à une dette civilement anéantie, mais existant naturellement aux yeux des contractants.

762. Si c'était après l'annulation prononcée de la première dette que le débiteur, ou un tiers connaissant cette annulation, vînt en faire novation, le doute ne serait pas possible. Il serait bien évident alors qu'on a entendu la nover, non comme obligation civile (puisque, comme telle, elle était actuellement anéantie), mais comme obligation naturelle; et la novation, par conséquent, produirait tous ses effets. Que si, après l'annulation déjà prononcée, la novation était consentie par un tiers qui ne connaîtrait pas cette annulation, on se trouverait dans le même cas que si la novation s'était faite avant l'annulation, et on appliquerait les distinctions ci-dessus posées.

Pour ce qui est, enfin, de la conditionnalité de la première dette, on devra évidemment appliquer des règles analogues à celles de notre numéro précédent; c'est d'après l'intention des parties, intention qui se déterminera par les circonstances à défaut de déclaration expresse, que l'on décidera si la condition, soit suspensive, soit résolutoire, dont la première obligation était affectée, est ou non reportée sur la seconde.

VII. — 763. Nous n'avons parlé, dans l'explication de cet article, que des obligations annulables, et non de celles qui seraient radicalement nulles, c'est-à-dire inexistantes de plein droit. Il n'y a pas, en effet, de difficulté possible pour celles-ci : il est clair que la novation ne peut pas s'opérer quand il y a nullité radicale, inexistence absolue soit de l'obligation à laquelle on voulait en substituer une nouvelle, soit de celle que l'on entendait substituer à l'ancienne. La novation étant le remplacement d'une obligation par une autre, il est bien évident qu'elle exige deux obligations; et s'il suffit que l'une ou chacune de ces obligations ait une existence viciée (pour incapacité ou autrement), ou purement naturelle (comme l'obligation déjà annulée, mais reconnue valable en équité), ou simplement conditionnelle, il faut du moins qu'elle ait une existence quelconque. Si donc l'une des obligations n'était qu'une vaine apparence sans réalité; si cette obligation, par exemple, avait été contractée par une personne privée de raison, ou si elle était contraire aux bonnes mœurs, la novation ne s'opérerait pas. Tout le monde est d'accord sur ce point.

1273. — La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

SOMMAIRE.

I. Les tribunaux ne peuvent reconnaître la novation que quand elle existe d'une manière évidente.
II. Exemples pour la novation par simple changement de dette. Quand a-t-elle lieu? Erreurs diverses de M. Duranton.
III. Application du principe à la novation par changement de débiteur, laquelle constitue tantôt une Expromission, tantôt une Délégation.
IV. Application à la novation par changement de créancier.
V. Une reconnaissance erronée de novation par les tribunaux peut donner lieu à cassation. Opinion contraire de M. Duranton repoussée par la Cour suprême.

I. — 764. Nous avons vu qu'il y a trois modes primitifs de novation, qui peuvent ensuite se combiner et concourir de manière à former une quatrième et une cinquième classe, qu'il est possible, mais nullement nécessaire de distinguer. La novation, en effet, s'opère, 1° par changement de dette (le créancier et le débiteur restant les mêmes), 2° par changement de débiteur, et 3° par changement de créancier. Or, dans tous les cas, et de quelque manière qu'on la prétende formée, la novation ne doit être reconnue qu'autant que l'intention de l'opérer s'est manifestée d'une manière certaine; et si une déclaration précise, ou, à son défaut, des circonstances significatives ne révèlent pas clairement

l'intention de nover, on ne devra pas dire qu'il y a novation. — Nous disons que l'intention doit résulter clairement ou des termes mêmes des parties ou des circonstances. Il ne faudrait pas croire, en effet, qu'en parlant d'un *acte,* notre article ait entendu exiger un *écrit* des termes duquel la novation ressorte évidemment. L'acte est la convention même qui s'est faite entre les parties, *quod actum est*... Mais de quelque manière que la volonté se révèle, il faut qu'elle se manifeste clairement.

C'est qu'en effet, il existe, pour chacune des trois espèces de novation, des conventions qui présentent de l'analogie avec elles; et on serait souvent exposé à tomber dans l'erreur et à donner à la volonté des parties plus d'effet qu'elles n'ont entendu, si l'existence de la novation était admise trop facilement.

II. — 765. Ainsi, quand nous convenons que vous payerez dans un an seulement les 5 000 francs que vous deviez me payer à ma volonté, il ne faudrait pas conclure de ce fait une novation, et dire que la dette n'étant plus la même (puisqu'elle est maintenant à terme, tandis qu'elle était pure et simple auparavant), les garanties qui protégeaient la première n'existeront plus pour la seconde : ce serait aller trop loin et *présumer* la novation, tandis qu'elle doit être *prouvée*. On peut très-bien ajouter un terme à une obligation, en laissant subsister d'ailleurs cette même obligation telle qu'elle était. — De même, si nous convenons que vous me devrez hypothécairement la somme pour laquelle je n'avais qu'une créance chirographaire, il n'y a pas pour cela substitution d'une dette à une autre, mais seulement adjonction à une même dette d'un accessoire nouveau; et si cette dette était en outre garantie par une caution, cette caution subsistera.

Mais il y a substitution d'une dette à une autre quand nous disons que pour les 5000 francs que vous deviez me rembourser à telle époque, vous me servirez maintenant une rente perpétuelle de 250 francs. Il est vrai que ce point était très-controversé dans l'ancien droit, et que même la plupart des auteurs et des arrêts prétendaient que, dans ce cas, c'était toujours la même dette qui subsistait; mais c'est là une erreur qu'il faut rejeter comme le font en effet Toullier (n° 288) et M. Duranton (n° 288), et comme Pothier lui-même le faisait déjà (n° 559, art. 4, § 3). Et en effet, n'est-il pas palpable que c'est changer une dette dans sa nature même, et la transformer en une dette différente, que de faire de la dette d'une somme exigible la dette d'une *rente?* Une rente est le droit de recevoir des arrérages, soit pendant la vie d'une personne, soit à perpétuité, sans pouvoir jamais demander aucun capital; une rente n'est donc pas un capital. Sans doute, la rente peut se continuer par le versement d'un capital, de même qu'on acquiert fort bien une maison par le versement d'une somme d'argent; mais la rente n'est pas plus le capital que la maison n'est la somme qu'on a payée pour l'acheter. Or, si une rente et un capital sont deux choses différentes, il s'ensuit que la dette d'une rente et la dette d'un capital n'ont pas *le même objet;* elles sont donc profondément différentes l'une

de l'autre. Donc, la transformation d'un capital dû, en une rente, opère novation; et il y a, par conséquent, extinction de la première dette et de tous ses accessoires.

766. Cette décision, sur laquelle on paraît d'accord aujourd'hui, nous semble en effet incontestable; mais il ne faut pas dire, comme M. Duranton, que, dans ce cas, le créancier est censé avoir reçu du débiteur la somme qui lui était due, puis l'avoir remise à ce débiteur, et que ce sont ces deux traditions, supprimées dans la réalité *celeritatis causâ,* qui ont produit, l'une, l'extinction de la première obligation, et l'autre, la cause de la seconde. S'il en était ainsi, il y aurait donc eu *payement* de la première dette; et c'est en effet ce que dit le savant professeur. Or, c'est un étrange raisonnement que celui dans lequel on établit que la dette s'est éteinte *par payement,* pour prouver qu'elle s'est éteinte *par novation!*... Ici, comme dans tous les cas de novation, l'extinction de la première dette s'opère par la substitution de la seconde (et non par un payement fictif), et cette seconde dette a pour cause précisément l'extinction de la première (et nullement un versement fictif, par le créancier au débiteur, de la somme qui aurait été fictivement payée à ce créancier).

S'il était vrai que toute novation contient, fictivement et légalement, l'exécution de la première obligation; si c'était là, comme le dit M. Duranton, le *caractère distinctif* ET ESSENTIEL *de la novation,* il s'ensuivrait que la novation ne doit pas être comptée parmi les modes d'extinction, puisque, dans tous les cas de novation, ce serait le *payement* qui éteindrait la dette. Ainsi, quand vous avez consenti à prendre ma ferme au lieu et place des 60 000 francs que je vous devais (ou croyais vous devoir) et que nous avons ainsi opéré l'espèce de novation appelée *dation en payement,* il faudrait dire que vous êtes censé avoir reçu de moi les 60 000 francs pour l'acquittement de ma dette, et m'avoir ensuite remis cette somme pour prix de ma ferme, que je serais censé vous avoir vendue : les choses se passeraient donc, dans la dation en payement, comme s'il y avait eu *payement* de la dette et *vente* de la chose. Or il n'en est pas ainsi; et M. Duranton lui-même (n° 81, alin. 1) a soin de dire, d'après Pothier, qu'il faut bien se garder d'assimiler la dation en payement à la vente que le débiteur aurait faite à son créancier, même *sans versement de deniers* de part ni d'autre et en convenant que le prix de cette vente *viendrait en payement* de la somme due : M. Duranton (alin. 5 et 6) enseigne avec raison que, pour le cas de vente, l'inexistence de la dette qu'on avait cru à tort exister permettrait seulement au débiteur, vendeur de la chose, de répéter la somme d'argent; et que dans le cas de dation en payement, au contraire, c'est la chose même qu'il aurait à revendiquer.

En effet, si c'est par un payement (même fictif et sans tradition effective des écus) que j'ai éteint ma dette prétendue de 60 000 francs, en vous vendant d'ailleurs ma ferme pour une même somme, il est clair que la vente ne présente aucun vice, et qu'il n'y a de fait indûment que le payement des 60 000 francs. Mais si, au contraire, j'ai fait une da-

tion en payement, ma prétendue dette des 60 000 francs n'a été éteinte que par la substitution de la dette nouvelle de la ferme, dette nouvelle que j'ai éteinte à l'instant par la tradition de l'immeuble; or, la première dette, celle des 60 000 francs, se trouvant n'avoir point existé, la seconde qui ne devait se former que pour la remplacer n'a donc pas existé non plus : par conséquent, la ferme que je vous ai livrée pour éteindre cette seconde dette vous a été donnée indûment et je puis la répéter.

767. Quant au point de savoir s'il y a eu *payement* de la dette d'argent et *vente* de la chose, ou bien *dation* de cette chose *en payement* (c'est-à-dire novation, par substitution de la dette de la chose à la dette de l'argent, puis exécution immédiate de cette dette de la chose), il est clair que c'est là une question d'intention qui se décidera par les termes mêmes de la convention, ou, à défaut de déclaration expresse à cet égard, par les circonstances; et il semble naturel d'admettre, avec Cujas (*Observat.* L, 19, ch. 38), que l'intention de vendre serait suffisamment prouvée par cela seul que la chose aurait été livrée avec estimation. Car pourquoi aurait-on estimé cette chose, si on n'avait pas entendu la vendre pour un prix qui viendrait en payement de la somme due, mais au contraire la donner comme objet direct d'une obligation nouvelle substituée à la dette d'argent? D'ailleurs, même dans le doute absolu, et à défaut de toute circonstance de nature à faire saisir la pensée des parties, c'est encore pour la vente qu'il faudra se prononcer, puisque notre article veut qu'on n'admette la novation que quand elle est clairement établie.

768. Terminons ces observations, relatives à la novation par le seul changement de dette (le créancier et le débiteur restant les mêmes), par l'examen d'un point qui a été vivement controversé, quoiqu'il nous paraisse assez simple. C'est celui de savoir s'il y a novation par cela seul qu'un créancier, qui a quelque garantie particulière pour sûreté de sa créance, accepte de son débiteur des billets souscrits en payement de la dette. Par exemple, quand un vendeur non payé, dont la créance est privilégiée (art. 2102, 4°, et 2103, 1°) et qui peut en outre, à défaut de payement, faire résoudre la vente pour revendiquer l'objet vendu (art. 1184 et 1654), accepte ainsi des billets de son acheteur pour le prix dû, et lui donne par là même une quittance implicite, ou, si l'on veut le supposer, une quittance formelle de ce prix, faut-il dire que cette quittance opère novation, que la créance qui permettait d'agir comme vendeur est éteinte et remplacée par une créance nouvelle, en sorte que le créancier ne pourra plus ni exercer le privilége des art. 2102 et 2103, ni demander la résolution du contrat?... Si, en acceptant les billets et en donnant sa quittance, le vendeur s'est expliqué dans l'un ou l'autre sens, il n'y aurait pas de doute; s'il a déclaré se réserver ses droits de vendeur et n'en libérer l'acheteur qu'autant que les billets seraient payés, il est clair qu'il n'y a pas novation; et si, réciproquement, il a formellement abandonné ces mêmes droits, la novation existe. Mais s'il n'a rien dit, s'il n'y a ni abandon exprès ni réserve expresse,

et qu'on soit ainsi dans le *doute* sur l'intention, que doit-on décider?...

Quelques auteurs, et notamment M. Duranton (XII, 287), enseignent positivement qu'il y a novation dans ce cas... C'est une grave erreur. Puisque la quittance, par hypothèse, ne contient explicitement ni réserve, ni abandon des droits de vendeur, puisqu'il y a lieu *au doute*, la novation n'est donc pas *clairement établie;* or, notre article est précisément écrit pour dire qu'en pareil cas la novation n'existe point. La novation ne peut jamais se présumer; il faut, à défaut de déclaration formelle, qu'elle résulte forcément des circonstances. Or, comment dire qu'il est, non pas *probable* (ce ne serait pas assez), mais *certain*, que ce vendeur renonce, sans l'avoir dit, à ses garanties les plus précieuses, pour se contenter uniquement des billets qu'on lui donne? N'est-il pas, au contraire, tout simple de reconnaître que ce vendeur n'a entendu accepter ces billets que comme mode de payement d'une dette qu'il voulait conserver aussi énergique que possible, et qu'il n'entend libérer son acheteur que sous la condition toute naturelle de l'encaissement des billets?

Cette vérité est au surplus consacrée, malgré l'assertion contraire de M. Duranton, par une jurisprudence constante (1).

III. — 769. Si des doutes peuvent s'élever sur l'existence de la novation que l'on prétendrait s'être opérée par changement de la dette, il peut s'en élever également quant à la novation qui s'opère par changement de débiteur. On conçoit, en effet, que, quand une nouvelle personne, soit de son propre mouvement, soit sur la présentation de mon débiteur, s'oblige envers moi au payement de ma créance, il est sans doute possible que ce débiteur nouveau soit pris par moi *à la place* de l'ancien, qui sera ainsi libéré par novation; mais il est bien possible aussi que mon intention soit de l'avoir pour obligé *en même temps* que l'ancien débiteur. Ici encore, d'après notre article, les doutes qui existeraient sur le point de savoir si on a entendu faire une novation entraîneraient négation de la novation, puisqu'il faut que cette novation soit clairement établie.

Lorsque le nouveau débiteur, substitué à l'ancien, est venu s'obliger de lui-même, on dit qu'il y a *expromission*. Quand, au contraire, c'est l'ancien débiteur qui a présenté le nouveau à son créancier, soit que ce nouveau débiteur concoure avec l'ancien ou qu'il le remplace, la

---

(1) Cass., 19 août 1811; Poitiers, 28 janv. 1823; Rejet (sur arrêt conf. de Metz), 28 juill. 1823; Rouen, 4 janv. 1825; Paris, 18 mars 1825; Rejet, 15 juin 1825; Nancy, 4 janv. 1827; Aix, 24 avr. 1827; Paris, 20 juill. 1831; Limoges, 4 fév. 1835; Amiens, 1er sept. 1838; Toulouse, 22 fév. 1840; Cass., 22 juin 1841; Orléans, 6 sept. 1842; Paris, 23 janv., 13 nov. et 18 nov. 1841; Caen, 3 janv. 1849; Paris, 13 juill. 1850 (Dev., 31, II, 58; 35, II, 222; 39, II, 237; 40, II, 126; 41, I, 473; 42, II, 391; *J. Pal.*, 1850, t. II, p. 112-116); Metz, 26 janv. 1854; Lyon, 9 mars 1858 (Dev., 54, II, 743; 58, II, 253; Dall., 54, II, 259). *Voy.* aussi Cass., 18 avr. 1854; Limoges, 31 janv. 1857; Caen, 20 juin 1859 (Dev., 55, I, 44; 58, II, 90; 60, II, 51; Dall., 54, I, 347); *Dict. not.* (vo Novation, nos 42 et suiv.). — Il est surprenant qu'en présence de ceci, M. Duranton présente sa décision comme ayant l'appui de la jurisprudence, et que, ne citant qu'un seul de ces nombreux arrêts, celui de Cassation du 22 juin 1841, il l'indique comme conforme à sa doctrine, alors qu'il la condamne en cassant un arrêt rendu dans ce sens!!!

loi (art. 1275) dit qu'il y a *délégation :* cette délégation est imparfaite quand il y a simple concours des deux débiteurs; elle est parfaite quand il y a substitution de l'un à l'autre, et par conséquent novation. Il suit de là que la novation par changement de débiteur s'opère ou par l'expromission ou par la délégation parfaite.

Du reste, tandis que la novation par expromission, c'est-à-dire par la substitution d'un nouveau débiteur qui est venu s'offrir de lui-même, reste soumise, comme la novation par simple changement de dette et comme celle qui a lieu par changement de créancier, à la règle générale de notre article, en ce sens qu'elle doit être admise toutes les fois qu'elle résulte clairement de l'acte qui s'est accompli entre les parties, la novation par délégation, au contraire, est soumise à une règle spéciale et plus rigoureuse : il faut, pour qu'elle s'accomplisse, que le créancier ait manifesté, non plus seulement d'une manière claire, mais *expressément,* la volonté d'avoir le nouvel obligé pour seul débiteur; il ne suffit plus que cette volonté se trouve certaine, il faut qu'elle soit exprimée (art. 1975).

IV. — 770. Enfin, le changement de créancier, s'il peut présenter un cas de novation, pourrait présenter aussi un cas de cession, ou de payement avec subrogation. Aussi l'art. 1271, 3°, exige-t-il, pour qu'il y ait novation, que la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien se fasse avec un nouvel engagement de la part du débiteur.

Toutes les fois que le débiteur n'aura pas concouru au changement du créancier, il est clair qu'il n'y a pas de sa part engagement nouveau, et par conséquent pas de novation, mais bien une cession de la même créance à un nouveau créancier, ou bien extinction de cette créance par le payement qu'en fait celui qui vient se substituer au créancier primitif. Dans ce cas, et quand le débiteur reste ainsi en dehors, il n'y a pas lieu au doute, puisque la novation est complétement impossible. Mais quand ce débiteur est intervenu à l'acte et a consenti à ce qui s'est fait, on conçoit qu'il puisse y avoir doute sur le point de savoir si la volonté de ce débiteur a seulement été de se reconnaître tenu *de la même dette* envers le nouveau créancier, ou s'il a entendu se constituer à nouveau débiteur d'une dette semblable, mais distincte.

Il est clair que les termes de la convention pourront souvent renseigner sur cette alternative. S'il est dit, par exemple, que le débiteur est libéré de sa dette de 600 francs envers Pierre, au moyen *de la nouvelle dette* de somme exacte *qu'il contracte* envers Paul, il est bien évident qu'il y a novation, et que les garanties qui pouvaient exister au profit de Pierre n'existent plus pour Paul. Mais on ne s'exprimera pas toujours d'une manière bien précise sur ce qu'on entendra faire; et dans le doute, on retombera sous la règle de notre article, qui veut que la novation ne se présume point, et les tribunaux devront, par le seul effet de ce doute, déclarer que la novation n'existe pas.

V. — 771. Il semble, au premier abord, que le point de savoir si un acte, et les circonstances de fait qui l'accompagnent, révèlent clairement la volonté de nover, n'est qu'une question d'intention, une appré-

ciation de fait, pour laquelle dès lors les Cours d'appel seraient souveraines, et qui ne pourrait jamais être censurée par la Cour suprême. Telle est, en effet, la doctrine de M. Duranton (XII, 284) et d'un arrêt de la chambre des requêtes, du 19 juin 1832.

Mais une mûre attention paraît devoir conduire à une idée différente. D'une part, en effet, notre article pose, comme règle de droit, qu'on ne doit reconnaître de novation que celle qui résulte clairement de l'acte, et il défend ainsi d'admettre celle qui n'apparaîtrait pas d'une manière évidente; d'un autre côté, l'art. 1271 a soin de préciser les conditions légales par lesquelles la novation peut se réaliser. Il suit de là que, quand un arrêt aura reconnu la novation dans un cas où l'une au moins des trois conditions de l'art. 1271 n'existait pas d'une manière évidente, cet arrêt aura contrevenu à la loi et violé les art. 1271 et 1273.

C'est ce que décide l'arrêt de *cassation* déjà cité du 22 juin 1841. « Attendu, dit-il, que s'il appartient aux Cours royales de statuer souverainement sur les circonstances de fait qui peuvent faire connaître l'intention des parties et d'interpréter le sens de la lettre des conventions, il appartient à la Cour de cassation de statuer sur l'application faite par les arrêts des dispositions de la loi qui déclarent le caractère des actes ou déterminent les conditions auxquelles on doit reconnaître ce caractère : attendu que la volonté d'opérer novation doit résulter clairement de l'acte; que l'art. 1271 énonce les conditions légales de la novation; que, dès lors, il ne suffit pas que les juges aient déclaré que la volonté d'opérer la novation existe clairement; qu'il faut qu'ils déclarent comment cette novation s'est opérée, et qu'il ressorte évidemment de l'acte que la position des parties ou la nature de l'obligation ont été changées d'une des trois manières énoncées par la loi; qu'en cet état, la Cour de cassation a le droit et le devoir de comparer les déclarations du juge avec les dispositions de l'art. 1271 : attendu que, dans l'espèce... CASSE. »

La chambre des requêtes, qui, lors de cet arrêt de 1841, avait abandonné déjà, par l'admission du pourvoi, ses idées contraires de 1832, a depuis encore consacré notre doctrine le 19 août 1844. Dans ce dernier arrêt, elle a prononcé le rejet en se fondant, non pas comme elle l'avait fait en 1832, sur ce que les interprétations de volonté échapperaient, ici comme en toute autre matière, à la censure de la Cour, mais, au contraire, sur ce que : « la Cour royale avait rendu hommage au principe que la novation doit résulter clairement de la convention, et que la volonté des parties s'était bien manifestée par l'un des trois modes que la loi détermine pour constituer la novation. » (1)

---

(1) Dev., 45, II, 40. — On voit que les deux chambres de la Cour suprême sont d'accord sur ce point, et que M. Duranton commet ici encore une grave erreur quand, dans sa dernière édition, il présente l'arrêt de 1832 comme expression de la jurisprudence actuelle de la Cour. *Adde :* Cass., 18 avr. et 31 mai 1854 (Dev., 55, I, 44; Dall., 54, I, 347); Massé et Vergé (III, § 566, p. 446, note 7). — Mais l'interprétation de l'acte duquel on prétend faire résulter la novation et l'appréciation de l'intention des parties de l'opérer sont de pures questions de fait. Cass., 25 avr. 1855 (Dev., 55, I, 712; Dall., 55, I, 159).

1274. — La novation par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.

772. Puisqu'un tiers peut bien éteindre l'obligation du débiteur par l'exécution directe, par le payement, à l'insu de ce débiteur (art. 1236), il pourra donc aussi l'éteindre à son insu au moyen de la novation; car le résultat est le même pour ce débiteur dans les deux cas. Mais on a vu, au contraire, et c'est de toute raison, que la novation, qui peut ainsi se faire comme le payement, sans le consentement du débiteur, ne pourrait jamais être faite, comme peut encore l'être le payement, sans le consentement du créancier (art. 1243). C'est de toute évidence, puisque la novation est une convention faite avec ce créancier.

On sait que c'est à la novation qui s'opère ainsi au moyen d'un nouveau débiteur, sans le concours du débiteur précédent, qu'on a donné le nom d'*expromission*.

1275. — La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.

773. On voit, comme nous l'avons dit sur l'art. 1273, que le Code appelle délégation tout acte par lequel un débiteur donne à son créancier un débiteur nouveau, soit que le créancier prenne ce nouveau débiteur pour seul obligé, à la place de l'ancien, soit qu'il le reçoive seulement pour coobligé et sans libérer le premier débiteur; en sorte qu'il faut distinguer aujourd'hui la délégation qui opère novation et celle qui ne l'opère pas. Tel n'était pas le sens du mot délégation à Rome et dans notre ancien droit; il n'exprimait que le cas où il y a novation, où l'ancien débiteur en donne un nouveau à sa place (Pothier, n° 564). Ce n'est là, au surplus, qu'une affaire de mots.

Nous avons déjà fait remarquer aussi que, pour qu'il y ait novation par délégation, il ne suffit pas, comme dans les autres cas, que la volonté évidente des parties soit manifestée par une cause quelconque; il faut que le consentement du créancier de se contenter du nouveau débiteur soit exprimé. La loi a sans doute pensé qu'il y avait plus lieu de craindre dans ce cas que dans les autres que les juges ne se portassent trop facilement à reconnaître l'intention de nover; et elle ne s'est pas contentée pour ce cas de la règle générale de l'art. 1273 (1).

---

(1) Le créancier au profit duquel une délégation a été faite dans un acte où il n'a point été partie ne peut, en vertu de ce seul acte, prendre inscription sur les biens du débiteur délégué, s'il n'a préalablement accepté la délégation. Cass., 7 mars 1865 (Dev., 65, I, 165; Dall., 65, I, 121). *Voy.* au titre *Des Privil. et Hypoth.*, t. II, n° 931.

Au cas de délégation faite dans le même acte par un vendeur du prix de la vente à ses créanciers, la priorité d'acceptation de la délégation par l'un d'eux ne lui attribue pas un droit de préférence sur les autres créanciers; tous les créanciers délégataires doivent venir en concours sur le prix délégué. Cass., 7 mars 1865 (Dev., 65, I, 165; Dall., 65, I, 121).

Il importe peu que la personne qui vient s'obliger à la place du premier débiteur, c'est-à-dire la personne *déléguée,* fût ou non la débitrice de celui-ci (le *déléguant*) pour ce à quoi elle s'oblige envers le créancier. Seulement, quand le délégué devait ainsi au déléguant ce qu'il vient promettre au créancier, la délégation a ceci de particulier qu'elle opère deux novations en même temps, ou, si l'on aime mieux, une novation éteignant deux dettes, l'une par changement de débiteur, et l'autre par changement de créancier. Et nous avons vu (art. 1271, *in fine*), que ce qui est dit là pour deux obligations peut très-bien avoir lieu pour un plus grand nombre.

774. Alors même que le délégué ne serait venu s'obliger que parce qu'il se croyait débiteur du déléguant, et qu'il serait ensuite reconnu que la prétendue créance de celui-ci n'existait pas, la novation, ainsi que l'obligation du délégué, n'en existerait pas moins; car l'obligation que ce délégué a contractée a eu pour cause, non pas l'existence de sa prétendue dette envers le déléguant, mais bien l'extinction de la dette de ce déléguant envers le créancier (art. 1108, n° 5) : ce qui s'évanouit ici a pu être le motif du contrat, mais n'en a pas été la cause; or, c'est seulement l'absence de cause qui rend l'obligation nulle. Il est bien évident, au surplus, que le délégué devient alors créancier sur le déléguant de la somme dont il l'a libéré, et pour laquelle il a ainsi fait son affaire.

Si c'était l'obligation du déléguant envers le créancier qui se trouvât ne pas exister, il est clair que la novation serait non avenue, et que dès lors l'obligation contractée par le délégué serait nulle pour défaut de cause.

1276. — Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.

775. L'insolvabilité de la personne que le créancier accepte expressément pour débiteur, à la place de son débiteur primitif, ne donne lieu à aucun recours au profit du créancier contre ce débiteur primitif : le créancier ayant bien voulu prendre la nouvelle dette en remplacement de l'ancienne, cette nouvelle dette vaudra ce qu'elle vaudra, c'est son affaire. Tel est le principe; mais il en sera autrement, bien entendu, si le créancier a eu soin de stipuler ce recours : car la convention doit avoir son effet ici comme partout ailleurs. Il est même un second cas dans lequel la loi, à raison de la gravité des circonstances, accorde elle-même le recours au créancier qui ne l'a pas stipulé : c'est quand le délégué, au moment même de la délégation, était déjà en faillite ou en déconfiture. La loi pense que si le créancier ne s'est pas réservé son recours dans ce cas, c'est qu'il ne connaissait pas l'état du délégué, et elle le lui donne de plein droit.

Au reste, soit dans le cas de convention à cet égard, soit dans le cas de faillite ou de déconfiture, le recours du créancier ne doit pas être confondu avec une nullité de la novation. Le créancier pourra demander à son ancien débiteur une indemnité pour le tort que lui cause l'inexécution de l'engagement du délégué, inexécution dont la responsabilité a été imposée à cet ancien débiteur, soit par la convention même, soit par la loi; mais le créancier ne retrouvera pas là son ancienne créance, avec les accessoires qui pouvaient la garantir; cette ancienne créance reste éteinte, et la novation subsiste; c'est précisément parce que l'ancienne créance reste éteinte qu'il y a lieu à un recours en indemnité.

Mais il est bien évident que cette nullité de la novation, qui ne résulte pas d'une simple convention de recours, pourrait fort bien résulter d'une convention *ad hoc,* au moyen de laquelle la novation ne serait que conditionnelle. Le créancier, au lieu de stipuler seulement que, dans le cas d'insolvabilité du délégué, il pourra recourir contre le déléguant, peut très-bien soumettre la novation à la condition suspensive de la solvabilité du délégué ou à la condition résolutoire de son insolvabilité.

1277. — La simple indication faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation.

Il en est de même de la simple indication faite par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui.

776. L'indication, que fait un créancier ou un débiteur, d'un mandataire pour recevoir ou payer à sa place et en son nom, n'est pas un changement de débiteur ou de créancier, et ne saurait dès lors opérer novation. Une telle idée était vraiment trop évidente pour qu'on en fît un article de loi.

D'ailleurs cet art. 1277 étant, comme les art. 1271-1275, relatif à la question de savoir quand il y a novation, comment la novation se forme, tandis que l'article précédent s'occupe, comme les art. 1278-1281, des effets de la novation, notre article (alors même qu'il présenterait quelque utilité, ce qui n'est pas) ne serait pas ici à sa place et devrait être reporté avant l'art. 1276.

Il eût mieux valu, on le voit, supprimer cette disposition. Rien n'eût été changé quant au sens; et la marche de la section eût été méthodique en présentant dans une première partie les éléments producteurs de la novation, et dans la seconde les effets de cette novation une fois produite.

1278. — Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.

1279. — Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur.

SOMMAIRE.

I. L'effet de la novation est d'éteindre la dette et tous ses accessoires.
II. Mais la loi, par exception, permet de transporter sur la nouvelle créance les priviléges et hypothèques de l'ancienne quand le débiteur est le même. L'ancienne hypothèque ne peut, bien entendu, conserver son effet que dans l'étendue de la plus petite des deux dettes.
III. Cette réserve de l'ancienne hypothèque, quand la novation est faite par un nouveau débiteur, n'a d'effet que par le concours du débiteur propriétaire des biens hypothéqués. Réfutation de la doctrine contraire de Toullier, M. Duranton et M. Zachariæ. Observations sur la doctrine de M. Demante.

I. — 777. L'effet de la novation, dont s'occupent ces deux articles et les suivants jusqu'à la fin de la section, nous est déjà connu. C'est d'éteindre l'obligation, comme le ferait le payement lui-même; et les règles écrites ici dans le Code ne peuvent être que des conséquences de ce principe, ou des exceptions apportées à ce même principe.

Par la novation, l'obligation est donc éteinte. Ainsi, s'il s'agit d'une dette solidaire, tous les codébiteurs sont libérés, soit que la novation ait été faite (c'est-à-dire que la nouvelle obligation ait été contractée) par plusieurs d'entre eux, soit qu'elle l'ait été par un seul ou par un tiers (art. 1281, al. 1). Si la dette était garantie par des cautions, celles-ci sont libérées en même temps que le débiteur principal (*ibid.*, al. 2), par quelque personne encore que la novation ait été faite, fût-ce par l'une des cautions, pourvu, bien entendu, que la novation ait porté sur la dette même et non pas seulement sur le cautionnement; car si l'on avait entendu ne nover que l'obligation accessoire, il est bien clair que l'obligation principale subsisterait, et il faudrait encore examiner si c'est l'obligation de toutes les cautions qu'on a entendu éteindre ou seulement celle de telle caution, de celle, par exemple, qui a opéré la novation. Si, enfin, il s'agit d'une dette privilégiée ou hypothécaire, il est clair que la novation fera tomber les priviléges ou hypothèques qui garantissent la dette, comme la dette elle-même.

II. — 778. Toutefois, l'art. 1278 apporte à cette dernière règle, et par là même aux principes généraux, une exception remarquable. Reproduisant ici une règle de notre ancien droit et du droit romain (Pothier, n° 363, art. 5), il permet aux parties de transporter sur la nouvelle dette les priviléges ou hypothèques de l'ancienne, pourvu que la réserve du créancier à cet égard soit expresse. Ainsi, quand nous convenons, en 1840, qu'au lieu et place d'un capital de 30 000 francs que vous me deviez hypothécairement depuis 1835, vous me devrez désormais une rente perpétuelle, à 5 pour 100, de 1 500 francs, et que cette nouvelle dette sera garantie, non pas par une nouvelle hypothèque, mais bien par l'hypothèque de ma précédente créance, cette stipulation, si exorbitante qu'elle soit du droit commun, aura tout son effet si elle a été formellement exprimée, et ma rente, constituée en 1840 seulement, se trouvera protégée par une hypothèque de 1835, au moyen de laquelle je primerai vos créanciers hypothécaires de 1836 et autres années intermédiaires. Ces créanciers intermédiaires entre les

deux époques ne peuvent pas dire que ce résultat soit inique à leur égard ; car que leur importe que l'hypothèque qui les prime s'applique à telle dette ou à telle autre dette? elle n'aura pas plus d'effet dans un cas que dans l'autre.

Nous disons que l'hypothèque ne peut pas avoir plus d'effet, plus d'étendue, pour la seconde dette, qu'elle n'en avait pour la première. Il est bien clair, en effet, que si la nouvelle dette était plus forte que l'ancienne; si c'était, par exemple, une dette conditionnelle de 50 000 francs substituée à une dette pure et simple de 30 000 francs, l'hypothèque de cette nouvelle dette ne pourrait conserver le rang de 1835 que jusqu'à 30 000 francs, et on pourrait seulement, pour l'excédant, constituer une hypothèque nouvelle, prenant rang à sa date d'après les règles ordinaires. Que si c'était l'ancienne dette qui fût plus forte que la nouvelle, il est évident que l'hypothèque ne serait conservée que pour le chiffre de cette nouvelle dette; car l'hypothèque ne peut jamais être plus étendue que la créance qu'elle garantit, et l'accessoire ne peut plus exister là où finit le principal.

779. Si le Code a permis, comme le faisait notre ancien droit, de maintenir ainsi à son ancienne date le privilége ou l'hypothèque qui garantit la nouvelle dette, lorsque le débiteur est le même dans les deux obligations, il est clair qu'on ne pouvait pas permettre à un débiteur nouveau de consentir sur ses biens une hypothèque remontant à la date de celle qui existait sur les biens du débiteur précédent; car, outre que la dérogation au droit commun, poussée à tel point, eût été par trop étrange, elle aurait été d'ailleurs souverainement inique et aurait ouvert une large porte à la fraude en permettant à un débiteur d'anéantir à son gré les droits de ses créanciers hypothécaires. Aussi l'art. 1279 déclare-t-il impossible cette translation des anciens priviléges et hypothèques sur les biens d'un nouveau débiteur. Ce nouveau débiteur peut seulement consentir une hypothèque ordinaire prenant rang à la date de son inscription (1).

III. — 780. Mais si l'hypothèque de la première dette ne peut pas être transportée avec son rang primitif sur les biens du débiteur nouveau, peut-elle au moins, dans ce cas, être maintenue sur les biens de l'ancien débiteur, par la seule volonté du créancier et du débiteur nouveau, et sans le consentement du débiteur précédent?... Toullier (XII, n° 312), M. Duranton (XII, n° 311) et M. Zachariæ (II, p. 307) répondent affirmativement, et se fondent sur ce que l'art. 1278 fait résulter la translation des anciennes hypothèques, au profit de la nouvelle créance, de la simple réserve que déclare en faire le créancier, réserve qui peut aussi bien être faite arrière du premier débiteur qu'avec son concours. — C'est là, selon nous, une erreur certaine, et que repousseront ceux qui recherchent, non pas ce que le Code aurait dû faire, mais ce qu'il a voulu faire et ce qu'il a fait.

Sans doute, l'art. 1278 n'exige qu'une réserve faite par le créancier;

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Novation, n° 108).

mais il s'agit évidemment d'une réserve acceptée par le débiteur, de manière qu'il y ait convention entre les parties. Si un débiteur peut, sans son assentiment, voir s'opérer une novation qui le libère complétement (art. 1274), ce n'est certes pas une raison pour qu'il puisse aussi, sans ce même assentiment, voir ses biens hypothéqués pour la dette d'un autre. Si les rédacteurs n'ont pas dit, dans l'art. 1278, qu'il s'agissait d'une réserve faite avec le débiteur, c'est précisément parce qu'ils n'écrivaient cet article que dans l'hypothèse d'une novation faite avec ce débiteur même, pour ne s'occuper de la novation faite avec un débiteur nouveau que dans l'article suivant. La preuve s'en trouve dans l'Exposé des motifs au Corps législatif, où le commissaire déclare que « pour que l'ancienne hypothèque soit transférée, d'après cet article, *il faut que le débiteur* RESTE LE MÊME. » (Fenet, XIII, p. 277.) Donc, de même que l'art. 1279 ne parle que de la novation faite avec un nouveau débiteur, l'art. 1278 n'entend parler que de la novation faite avec l'ancien débiteur, et par conséquent d'une réserve nécessairement acceptée par lui, puisque c'est avec lui que se fait la convention. Ainsi, le *texte* de l'art. 1278, qui paraît d'abord favorable au système que nous combattons et permettre le maintien des anciennes hypothèques au moyen de *toute réserve* du créancier, est réellement muet sur la question et n'entend parler que de la réserve *faite avec le débiteur*. La question demeure donc intacte devant le texte de la loi, et doit se décider d'après son esprit.

Or, cet esprit nous paraît se manifester clairement par les deux considérations que voici. — D'abord, l'attribution d'hypothèques anciennes à une créance nouvelle étant un effet exorbitant du droit commun, il s'ensuit que le législateur n'a pas pu vouloir l'admettre en dehors des conditions prévues par lui, ni entendre qu'elle pourrait être étendue du cas par lui supposé à un autre cas tout différent, c'est-à-dire du cas où le débiteur consent à celui où il ne consent pas. — D'un autre côté, et ceci nous semble péremptoire, Pothier, après avoir dit que le créancier peut transférer sur la seconde dette les hypothèques de la première, fait observer que cette translation ne peut jamais se faire qu'avec le consentement de la personne à qui appartiennent les biens hypothéqués, et il ajoute que « suivant ces principes, si l'un de plusieurs débiteurs solidaires fait novation de la dette avec réserve des hypothèques, cette réserve ne peut avoir effet que pour les hypothèques des biens de ce débiteur, et non pour celles des biens de ses codébiteurs (*loc. cit.*). » Or, cette dernière règle, qui n'est qu'une application du principe de la nécessité du consentement du débiteur à qui appartiennent les biens, et que Pothier présentait explicitement comme telle, est reproduite tout au long par l'art. 1280! Si le Code adopte la conséquence, c'est donc qu'il admet le principe... Il y a plus, le Code aurait pu rejeter cette dernière doctrine de Pothier, sans rejeter pour cela le principe. Car de ce qu'on aurait donné effet, sur les biens de tous les codébiteurs solidaires, à la réserve d'hypothèques consenties par l'un de ces débiteurs, il ne s'ensuivrait pas qu'on aurait entendu donner le même effet à la

réserve consentie par un individu étranger à la dette, puisque chaque débiteur solidaire peut passer certains consentements au nom de ses codébiteurs, et se trouve leur mandataire *ad perpetuandam obligationem*. Si donc la loi admet la doctrine de Pothier, même dans ce cas de débiteurs solidaires, c'est par *à fortiori* que l'erreur de Toullier, M. Duranton et M. Zachariæ se trouve démontrée.

Ainsi, en résumé, la réserve des anciennes hypothèques faite par le créancier produit son effet pour les biens du débiteur lorsque c'est avec lui que se fait le contrat de novation; car c'est là le cas de l'art. 1278. Elle le produit encore lorsque, le contrat étant fait avec un codébiteur ou avec un tiers, le débiteur propriétaire des biens intervient à ce contrat pour accepter cette réserve; car si ce n'est plus là le cas prévu par l'art. 1278, les conditions voulues par cet article existent néanmoins. Mais elle est inefficace toutes les fois que ce débiteur n'y donne pas son assentiment, soit que la novation se fasse par un codébiteur, soit qu'elle se fasse par un tiers; car l'art. 1280 la rend alors inefficace, textuellement pour le premier cas, et par argument *à fortiori* pour le second.

781. Du reste, de ce que le transport, sur la nouvelle créance, de l'hypothèque de l'ancienne, ne peut pas s'opérer sans le consentement du débiteur sur les biens duquel frappe cette hypothèque, ce n'est pas une raison pour dire, comme le fait M. Demante (*Prog.*, II, 741), que c'est là une *nouvelle constitution* d'hypothèque. Il n'y a pas là constitution d'hypothèque, mais seulement *continuation*, par la faveur exceptionnelle de la loi, d'une hypothèque qui, dans la rigueur des principes, devrait s'éteindre. Et cette observation a de l'importance : car, s'il y avait constitution d'hypothèque, un acte notarié serait nécessaire (art. 2127), tandis que pour la simple continuation d'hypothèque dont il s'agit, il suffira du consentement du propriétaire des biens hypothéqués, de quelque manière que ce consentement se trouve manifesté. Tout ce qu'il faut alors, c'est que ce consentement intervienne au moment même où s'accomplit la novation; car, plus tard, il ne pourrait plus produire d'effet : la novation une fois accomplie, l'ancienne hypothèque serait éteinte, et on pourrait seulement en *constituer* une nouvelle dans les formes ordinaires.

1280. — Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.

782. Les développements présentés sous l'article précédent donnent l'explication de celui-ci, et font comprendre que les derniers mots de cette disposition ne doivent pas s'entendre dans un sens absolu. Il ne serait pas nécessaire, en effet, pour qu'il y eût conservation des hypothèques sur les biens des divers débiteurs, que ceux-ci vinssent *contracter la dette nouvelle;* il suffirait qu'ils intervinssent au contrat de novation *pour consentir à la translation de ces hypothèques*. La fin de

l'article n'est rigoureusement vraie, la réserve des hypothèques n'est impossible sur les biens de ceux qui ne contractent pas la nouvelle dette, que quand la novation s'accomplit sans *aucun concours* de ceux-ci, et qu'il n'y a de leur part ni soumission à la nouvelle dette, ni consentement à la conservation des anciennes hypothèques. C'est dans ce sens de toute absence de concours des débiteurs que doit s'entendre le commencement de l'article.

1281. — Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions.

Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement.

783. Cet article ne présente aucune difficulté. Les deux premiers alinéa se trouvent expliqués par le n° I de l'art. 1279. Quant au dernier, il est bien clair que si le créancier n'a consenti la novation que sous la condition que les codébiteurs solidaires ou les cautions accéderaient à la nouvelle dette, et que cette condition ne s'accomplisse pas, il n'y a pas novation, et la première créance subsiste toujours telle qu'elle était; si, au contraire, les codébiteurs ou les cautions viennent accéder à la nouvelle dette, la condition s'accomplit, et la novation se trouve parfaite.

784. Il en serait de même, selon nous, si la novation opérée entre le créancier et un nouveau débiteur, ou l'un des débiteurs solidaires, n'avait été consentie que sous la condition que cet ancien débiteur ou ces codébiteurs consentiraient à la translation, sur la nouvelle créance, des hypothèques existant sur les biens au profit de l'ancienne : si le consentement n'est pas donné, la condition apposée à la novation ne s'accomplissant pas, cette novation sera non-avenue; si ce consentement intervient, la novation s'accomplira.

Il est vrai qu'on pourrait faire à ceci une objection : on pourrait dire que toute condition apposée à une convention rétroagissant au jour même de cette convention, la novation faite sous la condition du consentement à donner pour le maintien des anciennes hypothèques se trouverait, par l'arrivée de ce consentement, avoir été accomplie avant le consentement donné; or, ajouterait-on, cette novation ayant opéré immédiatement l'extinction de la dette et de ses accessoires, et par conséquent celle des anciennes hypothèques, le consentement postérieurement donné pour le maintien de ces hypothèques serait donc sans effet, puisque ce consentement réaliserait l'*anéantissement* des hypothèques pour la *conservation* desquelles il serait donné... Mais c'est là une subtilité inadmissible. La convention de novation faite dans le cas

dont il s'agit se trouve soumise, par la nature même des choses, et par la volonté tacite mais évidente des parties, non-seulement à une condition, mais à un terme en même temps; le sens de cette convention est que la novation *s'accomplira* LORSQUE le consentement au maintien des anciennes hypothèques sera donné, si ce consentement est donné. Ainsi comprise, la novation ne s'accomplit qu'au moment où intervient le consentement relatif aux hypothèques; et ce consentement dès lors produit son effet. Et ce ne sont pas seulement les principes de la raison et de l'équité qui demandent cette interprétation de l'acte, c'est aussi cette règle du droit positif qui veut qu'on entende toujours une disposition dans le sens suivant lequel elle doit avoir effet, plutôt que dans le sens où cet effet resterait impossible.

785. Il n'est pas nécessaire, au surplus, pour que la novation soit regardée comme conditionnelle, que le créancier ait employé la conjonction *si*, en déclarant qu'il y aurait novation si tel fait se réalisait; il suffit, comme le dit notre article, qu'il ait exigé la réalisation de ce fait. Ainsi, quand le créancier déclare accepter l'obligation de Pierre en remplacement de celle de Paul, mais sous la réserve des anciennes hypothèques, ou avec l'accession des anciennes cautions, la novation sera conditionnelle tout aussi bien que si l'on avait dit : « Si les anciennes hypothèques sont maintenues, ou si les anciennes cautions accèdent à la nouvelle dette. » C'est à la pensée, non aux mots, qu'il faut s'attacher.

SECTION III.

DE LA REMISE DE LA DETTE.

IV. — 786. Le troisième mode d'extinction d'une obligation, c'est la remise qu'en fait le créancier, c'est-à-dire la renonciation qu'il fait à sa créance.

Sans doute, il y a aussi, dans un sens, remise de la dette, dans les cas de payement et de novation, puisque le créancier, au moyen du payement qu'il reçoit ou de l'obligation nouvelle qu'il accepte à la place de l'ancienne, tient son débiteur quitte, et *lui remet* par conséquent son obligation. Mais alors, ce n'est pas dans un abandon fait de son droit par le créancier, ce n'est pas immédiatement dans la volonté de ce créancier, que la libération du débiteur trouve sa cause; c'est dans le fait même de la novation ou du payement : la loi, la raison, la force même des choses, nous présentent alors la libération comme une conséquence forcée de la substitution des dettes ou de l'exécution de l'engagement; et s'il est vrai que, pour la novation, il faut le consentement du créancier (qui n'est pas nécessaire, on le sait, pour le payement), il est vrai aussi que ce consentement n'engendre immédiatement que la novation, laquelle engendre à son tour la libération du débiteur. Ici, au contraire, c'est directement et immédiatement par la volonté du créancier de libérer son débiteur que la libération s'accomplit; c'est uniquement parce qu'il plaît à ce créancier d'affranchir le débiteur que la dette de celui-ci s'éteint; la renonciation du créancier est la seule

cause génératrice de la libération, et il y a vraiment extinction par simple remise de la dette.

787. Mais de ce que *la remise de dette* proprement dite, et dont il s'agit ici, est uniquement celle qui résulte de la seule volonté du créancier d'affranchir son débiteur, sans qu'il y ait d'abord payement ni novation, il ne s'ensuit pas qu'on puisse dire, comme le font M. Delvincourt (note 1 de la sect. 3) et Pothier lui-même (chap. 3, *passim*), que cette remise est toujours faite à titre gratuit. Sans doute, elle aura souvent lieu ainsi; mais elle peut très-bien aussi être faite à titre onéreux. Ainsi, quand je vous libère de votre dette de 500 francs, parce que vous-même m'affranchissez de l'obligation où j'étais de faire pour vous tel voyage, il est clair que nulle de ces deux remises n'est gratuite, puisque chacune est faite en raison de l'avantage que son auteur obtient de l'autre partie.

Lorsqu'elle est faite gratuitement, la remise de dette constitue évidemment une libéralité qui, à la vérité, n'est pas soumise aux règles de *forme* exigées pour les donations (art. 931, n° I), puisqu'elle n'est pas une donation (1), mais qui ne saurait être dispensée des diverses règles de *fond* régissant tous les avantages gratuits; en sorte qu'il faudra appliquer à ce cas les principes posés par le Code sur la réduction au disponible sur le rapport à succession, et sur la capacité de donner et de recevoir (2). Au surplus, si la remise gratuite ne doit pas nécessairement se faire dans la forme des donations, il est bien clair qu'elle peut se faire en cette forme comme en toute autre.

Nous disons que la remise de dette n'est pas une donation. C'est évident, puisqu'elle consiste non dans l'attribution et la transmission d'un droit, mais au contraire dans l'anéantissement de ce droit, dans la renonciation qu'en fait le maître. Le créancier, en définitive, enrichit le débiteur en s'appauvrissant, et lui procure réellement un avantage à ses dépens (c'est pour cela qu'il faut appliquer les règles de réduction, de rapport, etc.); mais il est clair qu'il n'y a là aucune translation d'un droit quelconque, aucune *datio*.

788. La remise peut se faire expressément ou tacitement; mais il faut se garder de dire, avec M. Demante (*Prog.*, II, n°s 743 et 744), qu'elle ne peut résulter *que d'une convention* expresse ou tacite, et que le mot *remise* est synonyme de *décharge conventionnelle*. Sans doute, la remise ou décharge sera souvent conventionnelle, mais elle ne le sera pas toujours. En dehors même du cas d'abdication simple et absolue, dont il va être question plus bas, la remise peut fort bien résulter d'un testament : un créancier peut assurément léguer à son débiteur sa libération; or, un testament ne constitue pas une convention.

Delvincourt (sect. 3, alin. 3) tombe dans une autre erreur quand il présente la remise *expresse* comme constituant la remise *conventionnelle* pour l'opposer à la remise *tacite;* car, d'un côté, la remise peut

---

(1) *Dict. not.* (v° Remise de dette, n° 22).
(2) *Dict. not.* (*eod. verb.*, n° 84 *bis*).

être expresse sans résulter d'une convention, puisqu'elle peut venir d'un testament où elle serait concédée de la manière la plus formelle; et, d'autre part, la remise tacite sera tout aussi bien conventionnelle que la remise expresse, puisque les faits et circonstances dont elle résulte peuvent tout aussi bien révéler l'accord du créancier et du débiteur que le ferait la clause la plus explicite.

789. C'est une question controversée depuis longtemps que celle de savoir si la remise de la dette peut s'effectuer, si cette dette peut s'éteindre par la seule volonté du créancier, ou s'il est indispensable que cette remise du créancier soit acceptée par le débiteur pour produire son effet. Pour l'affirmative, on dit que chacun est le maître de répudier et d'abdiquer les droits qui lui appartiennent; que l'on peut dès lors abdiquer un droit de créance comme tout autre droit; que, d'un autre côté, aucune dette ne pouvant exister sans une créance corrélative, l'abdication que le créancier fait de sa créance, et qui éteint cette créance, entraîne nécessairement et *ipso facto* l'extinction de la dette. C'était la doctrine de Barbeyrac... A ceci, la plupart des autres auteurs répondent que quand un créancier déclare à son débiteur qu'il lui fait remise de sa dette, ce n'est pas une abdication absolue qu'on doit voir dans cette déclaration, mais un abandon purement relatif au débiteur, abandon qui se trouve dès lors tout naturellement subordonné à l'assentiment de ce débiteur; en d'autres termes, on doit voir là un don fait au débiteur, don qui ne peut valoir que par l'acceptation de celui-ci (1).

Comme on le voit, ce ne sont pas là deux doctrines contradictoires, et dont l'une serait nécessairement fausse et inadmissible; toutes deux sont également vraies, et l'on devra suivre tantôt l'une, tantôt l'autre, selon les cas et d'après une distinction de fait à rechercher dans les circonstances. S'il est reconnu que le créancier n'a répudié son droit que par bienveillance pour son débiteur et pour lui procurer un avantage, il est clair qu'il faut de la part de ce débiteur l'acceptation de la libéralité qu'on lui confère; la volonté du créancier se trouve subordonnée à la volonté conforme du débiteur, et l'extinction de la créance et de la dette ne peut se réaliser que par le mutuel consentement, par une convention. Et, bien entendu, c'est là ce qu'on supposera ordinairement; l'idée contraire d'une abdication pure et simple, absolue, et faite par le créancier dans le seul but de se dépouiller de son droit, ne pourrait être admise qu'autant qu'elle se révélerait ou par une déclaration explicite du créancier à cet égard, ou par des circonstances particulières. Mais si cette déclaration ou ces circonstances existaient, si la pensée d'une abdication absolue, fort rare dans nos mœurs, était reconnue par le juge du fait, il est clair qu'il y aurait alors renonciation unilatérale, opérant son effet *ipso facto*, sans convention, à l'insu et même contre la volonté du débiteur.

V. — 790. Ainsi, soit dans le cas assez fréquent de testament, soit dans le cas fort rare d'abdication absolue, expresse ou tacite, il y aura

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Remise de dette, n° 26).

remise et extinction de la dette sans aucune convention. Dans tous les autres cas, c'est par la convention même des parties que la remise se réalisera ; et, sauf l'effet des règles particulières qui ont été ou seront expliquées dans leurs matières respectives, il n'y a pas à se préoccuper de savoir si cette convention se présente comme constituant une transaction ou un mutuel dissentiment, ou dans telle ou telle autre circonstance.

Ainsi, de même qu'il ne suffit plus de la capacité ordinaire de contracter et qu'il faut la capacité de donner (chez le créancier) et de recevoir (chez le débiteur), quand la remise se fait gratuitement, de même il faut évidemment la capacité de transiger si cette remise se fait par transaction.

Il faut faire des observations analogues pour le cas de mutuel dissentiment, en ce sens qu'on appliquera ici, comme ailleurs, les règles de notre droit moderne sur les effets du consentement. Ainsi, le dissentiment mutuel des parties, c'est-à-dire leur commun accord de revenir sur une convention précédemment arrêtée et de la mettre au néant, aura toujours effet, quelle que soit cette convention antérieure, au lieu de voir son efficacité réduite, comme à Rome, à telle classe spéciale de contrats (1) ; mais cet effet, par le résultat forcé des nouveaux principes du Code, ne pourra pas toujours produire les mêmes extinctions d'obligation qu'il aurait produites à Rome et dans notre ancien droit. Par exemple, si, après vous avoir vendu ma maison pour 50 000 francs, nous convenons, avant la livraison de l'immeuble et le payement du prix, de tenir la vente pour non avenue, il y aura bien, dans ce dissentiment mutuel, remise de mon obligation de vous livrer la maison et de votre obligation de me payer les 50 000 francs; mais il est bien clair qu'il ne pourra pas y avoir, comme avant le Code Napoléon, remise de l'obligation de vous transférer la propriété de la maison, par la raison bien simple que cette obligation ne peut pas exister, puisque la translation de propriété, qui en aurait été l'objet autrefois, s'est réalisée, depuis le Code, par l'effet immédiat de la vente, par le fait même de la première convention (art. 1138 et 1583). Ce ne serait donc pas là, comme autrefois, la résolution et l'anéantissement du premier contrat, *distractus primi contractûs;* ce serait véritablement un second contrat venant s'ajouter au premier, et qui, au lieu d'*éteindre* pour moi une obligation de transférer la propriété, la ferait *naître* pour vous, ou plutôt opérerait immédiatement et par le seul effet de notre convention nouvelle la translation, sur ma tête, de la propriété que la vente avait d'abord transférée

---

(1) On sait qu'à Rome les quatre contrats consensuels (la vente, le louage, la société et le mandat), les seuls qui puissent se former par le simple consentement, étaient aussi les seuls que ce simple consentement pût dissoudre, d'après le principe qu'un lien doit se briser par la cause qui l'a produit; que, dès lors, pour opérer la remise d'une obligation qui s'était formée *verbis*, il fallait la dissoudre *verbis*, par les paroles de l'acceptilation; et que, pour celles provenant d'un contrat réel ou littéral, on les novait par une stipulation qui les transformait en obligations *verbales*, pour les éteindre ensuite *verbalement*, par ce même moyen de l'acceptilation (Instit., l. 3, t. 22, et t. 29, § 1 et 4).

sur la vôtre... Loin que vous soyez réputé, dans ce cas, n'avoir jamais été propriétaire, il demeurerait vrai que vous l'avez été depuis la première convention, et que je le suis devenu par la seconde; loin de pouvoir dire qu'il n'y a eu *aucune* translation de propriété, la première étant effacée et non avenue, il serait vrai qu'il y en a eu *deux*, ce qui aurait des conséquences pratiques très-importantes, soit pour les droits de mutation (qui, loin de n'être pas dus, devraient au contraire être acquittés deux fois), soit pour les hypothèques qui auraient été établies de votre chef dans l'intervalle des deux conventions (hypothèques qui subsisteraient toujours).

Mais on conçoit qu'il n'y a dans tout ceci rien de particulier à notre matière de *remise de la dette*, et que les observations tout à fait incidentes que nous venons de présenter ne sont que les conséquences toutes naturelles de principes appartenant à d'autres matières.

791. Les rédacteurs du Code ont sans doute pensé qu'il ne pouvait guère y avoir de difficulté ni sur l'existence de la remise *expresse* (parce qu'elle s'annonce par les termes mêmes du testament ou de la convention), ni sur l'effet *général et ordinaire* de la remise expresse ou tacite (parce que cet effet consiste tout simplement dans l'extinction de la dette). Aussi le Code, dans cette section, garde le silence sur ces deux points; il s'occupe seulement d'expliquer : 1° quand il y aura remise *tacite* (art. 1282, 1283 et 1286); et 2° quel sera l'effet de la remise expresse ou tacite, *dans le cas particulier où elle serait faite à l'un de plusieurs obligés* (art. 1284, 1285, 1287 et 1288). Encore allons-nous voir qu'il traite ces deux points d'une manière peu complète; en sorte que, à part même certains autres vices de rédaction, notre section mérite surtout le reproche d'un laconisme inexcusable.

§ 1er. — Quand y a-t-il remise tacite.

1282. — La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération.

1283. — La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire.

SOMMAIRE.

I. La restitution du titre prouve péremptoirement la libération, ou la fait présumer jusqu'à preuve contraire, selon qu'elle a pour objet ou l'original même ou l'expédition du titre.

II. La possession du titre par le débiteur fait présumer, jusqu'à preuve contraire, une restitution consentie par le créancier.

III. La preuve contraire peut, dans les deux cas, se faire par tous moyens.

IV. Les présomptions de libération dont il s'agit sont des présomptions de payement plutôt que de remise. On n'admettra la simple remise que quand elle sera reconnue par le débiteur ou prouvée par le créancier. — Le créancier pourra toujours la prouver : erreur de M. Zachariæ.

I. — 792. Le législateur a peut-être eu tort, dans une section où le mot de *remise* est consacré pour exprimer l'extinction de la dette,

d'employer ce même mot pour signifier la restitution ou livraison, que le créancier fait au débiteur du titre constatant la créance (art. 1282, 1283) ou de la chose qui lui avait été donnée en nantissement (article 1286). Quoi qu'il en soit, il résulte de nos deux articles que cette restitution du titre, lorsqu'elle a été volontaire de la part du créancier, établit péremptoirement et sans possibilité de la preuve contraire la libération du débiteur, quand il s'agit d'un titre original sous seing privé; et la fait présumer jusqu'à cette preuve contraire, quand il s'agit de la grosse (1) d'un titre notarié. Il y a donc, dans le premier cas, la présomption légale appelée *juris et de jure,* et contre laquelle on n'est pas admis à prouver; et dans le second, une simple présomption *juris* que la preuve contraire peut faire tomber (2).

Mais que déciderait-on si le titre volontairement livré au débiteur par le créancier n'était ni un original sous seing privé, ni une copie notariée, mais bien un original notarié, un acte rédigé en brevet, c'est-à-dire dont le notaire n'a pas gardé minute?... Il est d'autant plus étrange de voir ce cas omis par le texte du Code (et c'est là un nouveau reproche à faire ici aux rédacteurs), que Pothier, qu'on a suivi pas à pas ici comme dans tout le reste de notre titre, avait eu soin de parler et du billet sous seing privé et du brevet : « Si le créancier, dit-il, a rendu au débiteur son billet *ou le brevet d'obligation,* il est présumé lui avoir remis la dette » (§ 2, al. 1); et plus loin : « Ce qui est décidé à l'égard d'un billet *ou d'un brevet d'obligation* ne doit pas s'étendre à la grosse dont il y a une minute... » (al. 5). Malgré ce silence du Code, et quoique les présomptions légales ne puissent être reconnues que dans les cas où elles sont spécialement établies par la loi, sans pouvoir jamais être étendues par analogie (art. 1350), nous n'hésitons pas à dire que la restitution de l'original ou brevet doit produire le même effet que celle de l'original sous seing privé (3). — D'une part, en effet, la raison de décider est, non pas seulement semblable, mais identiquement la même. Car si l'on a attaché une présomption *juris et de jure* à la restitution de l'original sous seing privé et une simple présomption *juris* à celle d'une grosse, c'est parce que, dans le premier cas, le créancier se dépouille absolument de son titre, tandis que dans le second il conserve toujours la facilité de s'en procurer un nouveau, au moyen de la minute conservée par le notaire; en sorte qu'on doit donner plus d'effet à la première qu'à

(1) On sait qu'on appelle *grosses* les copies exécutoires des actes authentiques, et qu'on leur a donné ce nom parce qu'elles sont grossoyées, écrites en gros caractères, tandis que l'original se nomme *minute,* parce qu'il est écrit *minutis caracteris.*

L'art. 1283 est applicable aux notaires relativement aux honoraires et déboursés qui peuvent leur être dus à raison d'actes passés devant eux, et dont ils ont délivré des grosses ou expéditions aux parties. Cass., 26 janv. 1858, 6 fév. 1860 (Dev., 58, I, 527; 60, I, 337; Dall., 58, I, 160; 60, I, 253). *Conf.* Larombière (art. 1283, n° 13). *Contrà :* Aubry et Rau (III, § 323, p. 147).

(2) Jugé cependant qu'en matière commerciale la remise du titre ne fait pas nécessairement preuve de la libération; les juges peuvent se fonder sur la preuve résultant des livres du créancier pour décider que la remise du titre, bien que volontaire, n'a pas été accompagnée du payement et n'est pas libératoire. Cass., 18 août 1852 (Dev., 53, I, 211; Dall., 53, I, 111).

(3) Conf. *Dict. not.* (v° Remise de dette, n° 46).

la seconde. Or, il est bien clair que le créancier se dépouille tout aussi complétement de son titre en livrant l'original notarié qu'en livrant l'original sous seing. C'est donc précisément parce que l'assimilation faite par Pothier entre le brevet et l'original sous seing privé leur a paru ne pouvoir soulever aucun doute, que les rédacteurs n'ont pas songé à la consacrer explicitement. Et en effet, s'ils avaient entendu rejeter cette assimilation toute naturelle, il aurait été dit quelques mots de ce changement dans la discussion de nos articles ; et, au contraire, le procès-verbal de cette discussion constate partout et finit même par déclarer expressément qu'on a entendu reproduire dans ces deux articles la *distinction établie par Pothier* (Fenet, XIII, p. 85).

Nos articles se réduisent donc à dire que la libération du débiteur sera définitivement prouvée par la restitution du titre original (sous seing privé ou notarié, peu importe), et présumée jusqu'à preuve contraire, au moyen de la restitution de la grosse dont il reste minute.

II. — 793. Mais pour que l'un ou l'autre de ces effets, selon les cas, se trouve produit, il faut qu'il y ait eu *remise volontaire* du titre, restitution consentie par le créancier. Il se pourrait, en effet, que le titre ne se trouvât aux mains du débiteur que parce qu'il aurait été dérobé par lui ou par quelque autre, ou parce qu'il aurait été perdu par le créancier, et serait arrivé ainsi sans sa volonté en la possession du débiteur (1).

Au surplus, tout le monde (2) est d'accord pour reconnaître, et il a été positivement dit et dans la discussion au Conseil, et dans l'Exposé des motifs, que le fait même de la possession du débiteur fait présumer la restitution volontaire, sauf au créancier à faire tomber cette présomption (Fenet, p. 81, 82 et 297) (3).

III. — 794. La preuve à présenter par le créancier pour faire tomber cette présomption de restitution volontaire pourra, bien entendu, se faire par tous moyens quelconques, par témoins et par les simples présomptions que les juges pourront induire des circonstances à eux démontrées. Car il ne s'agit pas ici d'une convention pour la constatation de laquelle la loi exige un acte écrit, si la valeur dépasse 150 francs (art. 1341); il s'agit d'un simple fait à établir d'une manière quelconque; et on ne peut pas me demander de prouver par écrit que tel titre m'a été volé, ou que je l'ai perdu, ou que je l'ai porté chez mon voisin avec tous mes autres papiers au milieu d'un incendie, etc., etc. Tous moyens

---

(1) *Conf.* Cass., 17 avr. 1860 (Dev., 60, I, 518; Dall., 60, I, 397); *Dict. not.* (v° Remise de dette, n°s 36 et suiv.).

(2) Aubry et Rau (III, § 323, p. 144); Massé et Vergé (III, § 569, note 4); Larombière (art. 1283, n° 2).

(3) La remise du titre au débiteur ne fait preuve de sa libération que lorsque cette remise a été faite par le créancier. Dans le cas où elle a été faite par un tiers qui a payé la dette du débiteur sans se constituer son créancier, elle ne prouve pas la libération de ce débiteur envers le tiers. Cass., 24 nov. 1858 (Dev., 59, I, 614; Dall., 59, I, 133). — La remise de la grosse du titre faite au débiteur par le notaire qui a reçu l'acte en l'absence d'un mandat exprès donné à ce notaire pour recevoir payement ne fait pas présumer la libération du débiteur. Douai, 29 nov. 1849; Bordeaux, 11 juill. 1859 (Dev., 50, II, 223; 60, II, 92).

de preuve seront donc admissibles, même une simple présomption ; et ce sera au juge à décider dans sa conscience laquelle doit l'emporter, ou de la présomption de libre restitution résultant pour le débiteur du fait même de sa possession, ou de la présomption contraire pouvant s'induire du fait que le créancier établit à l'appui de son allégation.

C'est également par tous les moyens propres à établir sa prétention que le créancier pourrait prouver que la remise de la grosse, quoique faite volontairement par lui au débiteur, n'a point opéré la libération de celui-ci ; qu'elle a eu lieu, par exemple, dans le seul but de rassurer ce débiteur contre la crainte des poursuites qui pouvaient être dirigées contre lui, ou avec telle autre idée exclusive de toute pensée de libération. Ici encore, en effet, il ne s'agit pas d'un acte constitutif d'obligation, d'un contrat passé entre les parties, mais d'un simple fait, dont on recherche la portée et auquel la règle de l'art. 1341 reste inapplicable.

IV. — 795. Nos deux articles nous disent bien que la restitution volontaire du titre original ou de la grosse du titre sera une preuve ou une présomption de *libération ;* mais de quelle espèce de libération ? Sera-ce une remise de la dette qu'il faudra admettre, ou bien un payement ?... La question a de l'importance. Car si on admet une remise, et qu'elle soit gratuite, cette remise pourra n'être pas valable dans des cas où le payement le serait (par exemple, parce que le créancier n'était pas capable de donner au débiteur) ; la remise serait d'ailleurs sujette à la réduction ou au rapport.

Or, quand le débiteur soutient qu'il a payé et que c'est en conséquence de son payement que le titre lui a été livré ; que le créancier, au contraire, prétend n'avoir livré son titre que pour faire au débiteur une remise gratuite de la dette, et qu'aucune espèce de justification n'est faite de part ni d'autre, pour laquelle des deux allégations devra pencher le juge, dans cet état de doute absolu ?...

Il nous paraît évident que c'est pour le payement, par la raison bien simple que le payement est le mode naturel et ordinaire de se libérer d'une obligation, et qu'une remise gratuite est, au contraire, une cause tout exceptionnelle de libération ; or il est clair que, dans le doute, c'est la règle, et non l'exception, qu'il faut présumer. — Nous opposons ici au payement la remise *gratuite,* par la double raison que s'il s'agissait d'une remise faite à titre onéreux, notre question n'aurait plus d'intérêt, l'acte étant alors à titre onéreux dans les deux hypothèses contradictoires, et que d'ailleurs un doute complet ne serait guère possible, puisque l'avantage obtenu par le créancier comme équivalent de sa remise, lui procurerait généralement des moyens d'expliquer et de rendre plus probable son allégation de remise. C'est entre un payement et une remise gratuite qu'il y aura souvent contradiction et que le doute existera pour le juge. Or les libéralités ne se présument pas, elles doivent être prouvées ; et, quand il est certain qu'une personne devait et qu'elle ne doit plus, on doit, à défaut de tout renseignement sur la cause de sa libération, supposer qu'elle a payé, et non pas que le créan-

cier l'a gratifiée de l'objet de la dette : la règle générale des créanciers, leur habitude commune, n'est certes pas de faire cadeau de ce qu'on leur doit. — On argumenterait en vain de ce que nos deux articles sont placés dans la matière de *la remise de la dette*. Il est clair que ce fait ne signifie plus rien, puisqu'ils déclarent établir, le premier une preuve de *libération*, et le second une présomption de remise *ou de payement*.

Nous disons que c'est seulement dans le doute absolu que le juge devra se prononcer pour le payement plutôt que pour la simple remise; car il est bien évident que si les circonstances donnent au juge la conviction qu'il y a eu simplement remise, c'est cette remise et non plus le payement qu'il devra proclamer. Ainsi, lorsque le débiteur (en présence d'un créancier qui nie toute espèce de libération et soutient n'avoir pas livré son titre volontairement, mais sans rien prouver à cet égard) se prétend libéré, mais reconnaît lui-même l'avoir été par simple remise et non par un payement, il est clair qu'on ne pourra pas dire qu'il y a payement. De même si, le débiteur prétendant qu'il a payé, le créancier ou son représentant prétend *et prouve* qu'il n'a été libéré que par une remise gratuite, il est bien évident que c'est à cette remise prouvée que l'on s'en tiendra.

796. Si simple et si rationnelle que soit cette décision, elle est pourtant contredite par M. Zachariæ, qui prétend que le créancier n'aurait pas toujours le droit de *prouver* que la libération du débiteur résulte d'une remise et non d'un payement. Il le pourra, dit-il, quand il n'aura livré au débiteur que la grosse de son titre, parce qu'alors l'art. 1283 n'établit au profit du débiteur qu'une présomption simple, qui admet la preuve contraire; mais il ne le pourra pas quand il lui aura livré son titre original, puisque l'art. 1282 pose alors une présomption *juris et de jure* qui rend la preuve contraire impossible... C'est tomber dans une erreur palpable et confondre étrangement la question de libération avec la question du mode par lequel la libération s'est accomplie. Sans doute, quand il s'agit de savoir si le débiteur à qui l'on a volontairement livré le titre est ou n'est pas libéré, le créancier peut ou ne peut pas prouver sa négation, selon que le titre livré est la grosse ou l'original; mais lorsque le créancier, qui a volontairement livré son titre original, est parfaitement d'accord avec son débiteur pour reconnaître que celui-ci est libéré, et demande seulement à prouver qu'il a été libéré par une remise et non par un payement, quelle est donc la règle du Code qui s'oppose à la preuve qu'il veut faire? Ce n'est pas, certes, l'art. 1282; car ce que cet article déclare, avec exclusion de la preuve contraire, c'est qu'il y a *libération*, c'est qu'il y a eu *payement* OU REMISE. On invoque les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat; mais ces discours ne font que répéter et développer cette idée de nos articles, qu'il y a tantôt simple présomption, et tantôt preuve complète *de la libération* (Fenet, XIII, p. 279 et 361). Or ici le créancier, encore une fois, ne nie pas la libération; il nie que cette libération résulte d'un payement et veut prouver qu'elle résulte d'une remise. Rien

donc ne saurait s'opposer à sa preuve; et cette preuve pourrait se faire par tous les moyens possibles.

797. Ainsi donc, dès là que le juge acquiert la conviction, ou qu'il lui paraît plus probable que la libération s'est réalisée au moyen d'une remise, c'est cette remise et non une fausse supposition de payement qu'il devra admettre. Mais toutes les fois qu'on restera dans le doute, c'est pour le payement qu'on devra se prononcer; de sorte que nos articles, en définitive, malgré la rubrique sous laquelle ils sont placés, nous présentent des cas qui seront plus souvent des cas de payement que des cas de remise.

1286. — La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette.

798. La restitution, faite par le créancier au débiteur, du meuble qu'il avait reçu en gage ou de l'immeuble qui lui avait été livré en antichrèse (art. 2072), prouve bien que ce créancier renonce au nantissement qu'il avait d'abord exigé pour sûreté de sa créance; mais il est clair qu'elle ne donne en rien lieu de penser qu'il renonce aussi à sa créance elle-même. De même, la mainlevée que le créancier donnerait de son hypothèque ne prouve pas le moins du monde qu'il ait entendu remettre la dette elle-même. La remise de l'accessoire n'entraîne pas la remise du principal.

Mais il ne faudrait pas conclure des trois art. 1282, 1283 et 1286 que la restitution du titre soit le seul fait d'où l'on puisse induire la remise de la dette et qu'il n'existe pas d'autres cas de remise tacite. Tout ce qu'il faut en conclure, c'est qu'il n'y a pas d'autre cas de *présomption légale* de remise; en sorte que le juge, qui est contraint ici de proclamer la libération comme conséquence du fait de la restitution, restera libre, en face de tout autre fait, de déclarer si la remise que le débiteur prétend en faire résulter existe ou non.

Ainsi, par exemple, quand Pierre s'est obligé envers moi à me faire telle construction moyennant l'obligation que je prends de lui payer 15 000 francs, et que nous signons ensuite un acte par lequel je le décharge de son obligation de faire ce travail, sans dire rien de plus, il est bien clair que cette remise expresse de son obligation emporte, à moins de circonstances particulières qui indiquent le contraire, la remise tacite de mon obligation de payer 15 000 francs. — Que si dans plusieurs comptes successifs que j'ai arrêtés avec une personne, j'ai omis l'une des dettes de cette personne envers moi, ce sera au juge de décider en fait, et d'après l'examen des circonstances, si ce silence peut s'expliquer par un oubli (en sorte que la dette subsisterait toujours, sauf l'effet de la prescription), ou s'il doit faire admettre une remise tacite, comme le pensait Papinien dans une espèce par lui prévue (loi 26 D. *De probat.*) (1).

---

(1) Parmi les anciens docteurs, les uns voulaient qu'on n'admît ici la remise que

Bien entendu, le juge pourra induire la remise tacite de tous faits et circonstances quelconques qu'il trouvera suffisamment graves pour la révéler, pourvu que l'on soit dans un cas où la loi permet la preuve testimoniale (art. 1353).

§ 2. — Effet de la remise opérée avec l'un de plusieurs coobligés.

1284. — La remise du titre original sous signature privée, ou de la grosse du titre, à l'un des débiteurs solidaires, a le même effet au profit de ses codébiteurs.

799. Lorsqu'une dette est commune à plusieurs codébiteurs et que la remise ne s'opère qu'entre l'un d'eux et le créancier, le point de savoir si la remise n'est faite que pour le profit personnel de ce débiteur, ou si elle l'est pour éteindre la dette même et libérer tous les obligés, est évidemment une question d'intention dont la solution dépend uniquement de la volonté qu'a eue le créancier. Toutefois, le Code, par présomption de cette volonté, détermine lui-même les effets de la remise pour plusieurs hypothèses, et il s'occupe ici de la restitution faite du titre à l'un des codébiteurs solidaires.

Cette restitution, d'après notre article, produira pour tous les codébiteurs les mêmes effets que pour celui à qui la restitution est faite, c'est-à-dire tous les effets que nous avons expliqués sous les art. 1282 et 1283. Et ce que la loi dit ici pour le cas des codébiteurs solidaires doit évidemment s'étendre aux autres cas de dettes présentant plusieurs débiteurs, c'est-à-dire au cas de débiteurs conjoints non solidaires, et même au cas d'un débiteur principal garanti par des cautions. — En effet, l'abandon d'un titre de créance ne se fait pas dans un but purement relatif à la personne à laquelle on le livre, mais dans une pensée qui porte nécessairement sur la dette elle-même : si le but d'un créancier était seulement de décharger un codébiteur ou de la solidarité, ou de sa part dans la dette, ou de remettre à une caution son cautionnement, il est clair qu'il ne le ferait pas par l'abandon de son titre, qui lui serait nécessaire contre les autres obligés. La restitution du titre doit donc produire dans tous les cas un effet absolu et identique pour tous les obligés : et cet effet sera pour tous la preuve de l'extinction de la dette, s'il s'agit du titre original; et la présomption de cette extinction, si c'est seulement une grosse.

Et puisque, comme on l'a vu plus haut, cette tradition de l'original ou de la grosse fait présumer, jusqu'à preuve contraire, le payement de la dette, et non pas sa simple remise, il s'ensuit que celui des obligés à qui le titre a été livré aura son recours ordinaire contre ses

---

quand le créancier et le débiteur seraient parents, et que le créancier serait mort sans avoir réclamé; d'autres présentaient autrement les conditions nécessaires... Il est clair qu'il faut, comme Domat, rejeter cet arbitraire et dire que la question dépend uniquement de l'appréciation du juge, puisqu'elle ne présente qu'un point de fait.

coobligés, sauf à ceux-ci à établir par tous moyens quelconques qu'il y a eu simple remise de la dette et que le possesseur du titre ne l'a point payée.

800. La loi ne traçant aucune règle pour les autres cas de remise tacite ainsi obtenue par un seul des coobligés, ce sera au juge du fait de rechercher dans les circonstances l'intention du créancier, et de voir s'il y a eu remise de la dette elle-même ou seulement une décharge personnelle à l'obligé.

Le juge trouvera des analogies toutes naturelles dans les règles qui vont être tracées par les articles suivants pour la remise *expresse*.

1285. — La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers.

Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.

1287. — La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions;

Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal;

Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres.

SOMMAIRE.

I. Il s'agit ici non pas de la remise *conventionnelle*, mais de la remise *expresse*.

II. La remise faite à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres, à moins de déclaration contraire. La remise qui lui est faite pour sa part libère les autres pour cette part. — On peut aussi ne lui remettre que la solidarité.

III. Du cas où la part virile et apparente du codébiteur n'est pas sa part réelle dans la dette : grave erreur de Delvincourt.

IV. En cas de débiteurs non solidaires, l'effet de la remise expressément faite à l'un d'eux reste soumis aux règles générales.

V. La remise faite à un débiteur libère sa caution; celle faite à la caution, en tant que caution, ne libère pas le débiteur.

VI. La décharge, même personnelle, d'une des cautions, libère les autres pour la part de la première dans la dette et dans les insolvabilités d'autres cautions. Rédaction vicieuse de la loi.

VII. Il en est autrement, et le texte se trouve exact, quand la caution déchargée s'est engagée par un acte postérieur.

VIII. Celui des coobligés qui a obtenu une remise libérant les autres n'a aucun recours contre eux quand cette remise est gratuite (critique de la doctrine de M. Duranton); si la remise est à titre onéreux, il a son recours pour le montant de ce qu'elle lui coûte.

IX. Application de ces diverses règles au cas de remises tacites dont la loi ne parle pas. — Division des remises en réelles et personnelles.

I. — 801. Ces deux articles opposent à la remise *tacite* la remise ou décharge *conventionnelle,* et présentent ainsi ces dernières expressions comme synonymes de remise ou décharge *expresse*. Mais nous avons vu (n° 788) que la remise tacite est tout aussi bien conventionnelle que la remise expresse; et que, d'un autre côté, la remise expresse n'est pas toujours conventionnelle, puisqu'elle peut se trouver dans un testa-

ment. Pour ce qui est du cas assez rare d'abdication absolue du créancier, cas dans lequel la remise pourrait encore être expresse, il n'y a pas à s'occuper ici de ses effets, puisque, par sa nature même, elle ne peut s'opérer avec l'un des coobligés. Cette abdication, en effet, s'opérerait par la seule volonté du créancier, sans le concours de personne; et elle libérerait nécessairement tous les obligés à la fois, puisqu'elle est l'abandon complet de la créance même.

Ainsi, il faut parler ici de remise *expresse,* et non pas de remise *conventionnelle.*

II. — 802. Lorsque la remise expresse faite à l'un des débiteurs solidaires n'explique pas si l'intention a été d'éteindre la dette ou seulement de libérer ce débiteur (soit de sa part dans la dette, soit de la solidarité simplement), le Code, partant sans doute de l'idée que la solidarité fait de chacun des codébiteurs le mandataire et le représentant de tous les autres, décide, contrairement à ce que faisait Pothier (art. 2, § 2, al. 2), qu'à défaut de déclaration formelle du contraire, il y aura toujours extinction absolue de la dette, et dès lors libération de tous les débiteurs. C'est donc au créancier qui ne veut pas accorder un aussi large résultat, de réserver expressément les droits auxquels il entend ne pas renoncer (1).

Quand le créancier déclare formellement ne remettre la dette au codébiteur que *pour sa part,* ou *en conservant ses droits contre les autres débiteurs,* il a toujours action contre ceux-ci, mais seulement sous la déduction de la part du premier. Si, par exemple, la dette était de 12 000 francs, avec quatre débiteurs solidaires, la créance, après la remise ainsi faite à l'un d'eux, ne sera plus que de 9 000 francs, et il n'y aura plus solidarité entre les trois autres que pour ces 9 000 francs. Et si l'un de ceux-ci devenait insolvable, la portion que le codébiteur déchargé aurait dû supporter dans cette insolvabilité (art. 1214) se trouverait aussi, par une conséquence nécessaire, perdue pour le créancier et ne pourrait être répétée contre les deux autres. Il est bien évident, en effet, que la remise faite à l'un des codébiteurs ne peut jamais aggraver la position des autres.

Que si le créancier avait déclaré remettre au codébiteur non pas la *dette* (soit absolument et sans restriction, soit pour sa part seulement), mais tout simplement la solidarité, il conserverait alors son action pour la totalité des 12 000 francs contre chacun des trois autres, et pour 3 000 contre celui à qui la solidarité a été remise.

III. — 803. Nous avons supposé, dans l'exemple ci-dessus, que le calcul de la portion du codébiteur ne présentait pas de difficulté, et que cette portion ne pouvait s'entendre que dans un seul sens. Mais que déciderait-on si le débiteur avait dans la dette une part réelle autre que la part virile; par exemple, si, des quatre obligés, deux seulement sont

(1) La femme codébitrice solidaire de son mari n'est pas libérée par la remise ou décharge volontaire consentie par le créancier au profit du mari, si le créancier a expressément réservé ses droits contre elle. Paris, 16 avr. 1864 (Dev., 64, II, 289).

débiteurs véritables, et que les deux autres, quoique débiteurs ordinaires par rapport au créancier, ne se fussent obligés que dans l'intérêt des premiers et ne fussent dès lors que des cautions par rapport à eux (art. 1219)? Faudrait-il, dans le cas de remise faite à l'un des deux premiers *pour sa part,* entendre cette clause de la part réelle qu'il doit supporter, c'est-à-dire de la moitié de la dette, ou bien de la part virile et apparente, c'est-à-dire du quart seulement?...

Il est évident que c'est là une simple question d'intention, d'interprétation, à décider par les circonstances du fait, puisqu'il s'agit tout simplement de savoir de quelle part le créancier a entendu parler. S'il apparaît que ce créancier, connaissant la position respective des obligés entre eux, a entendu parler de la part réelle du codébiteur, c'est à cette part réelle que la remise s'appliquera; si l'on reconnaît, au contraire, que cette position était ignorée de lui, ou que, la connaissant très-bien, il n'a pas entendu la prendre en considération, il est clair que la part virile est seule remise.

804. Cette décision est si simple qu'on ne s'explique pas comment elle a pu être contredite par un écrivain ordinairement fort judicieux. Delvincourt enseigne que la remise s'étendra nécessairement à toute la part réelle toutes les fois que le créancier connaissait la position respective des codébiteurs, et qu'elle ne se restreindra à la part virile que quand il ignorait cette position. Il donne pour exemple le cas d'un créancier qui, sachant bien que, de ses quatre codébiteurs solidaires, celui qu'il décharge est le seul intéressé, et que les trois autres ne se sont obligés que pour lui, déclare positivement ne le décharger *que pour sa part* et réserver ses droits contre les autres... L'erreur est palpable : il est bien évident que le créancier n'a pas voulu prendre en considération la position des codébiteurs entre eux, quoiqu'il la connût, et qu'il a entendu les traiter non comme formant un seul débiteur et trois cautions (ce qu'ils sont *entre eux seulement*), mais comme formant quatre débiteurs solidaires (ce qu'ils sont, en effet, *vis-à-vis de lui*). C'est précisément parce qu'il connaissait la position respective de ces obligés que cette volonté est évidente; car, en déclarant ne libérer que pour *sa part* un obligé qui vis-à-vis des autres est débiteur unique et doit *la dette entière,* il indique certes assez clairement qu'il ne l'accepte pas en cette qualité de débiteur unique, et qu'il veut maintenir la qualité que tous ont vis-à-vis de lui, en les conservant tous quatre comme codébiteurs solidaires.

Les deux motifs sur lesquels Delvincourt s'appuie sont également insoutenables. Il dit d'abord que si l'on permet au créancier de poursuivre chacun des trois autres obligés pour le total diminué seulement de la part du premier, c'est-à-dire pour trois quarts, celui qui aura payé ces trois quarts ayant son recours intégral contre le premier, celui-ci se trouvera n'avoir pas été libéré, en sorte que la remise à lui faite serait dérisoire... Un pareil argument ne paraît pas même sérieux, puisque, la poursuite contre l'un des trois obligés et le recours de celui-ci contre le coobligé déchargé n'ayant lieu que pour trois quarts, celui-ci reste

parfaitement libéré du dernier quart, c'est-à-dire de sa part comme quatrième débiteur solidaire; or, c'est précisément sa part et rien de plus qu'on a déclaré lui remettre... Delvincourt ajoute que la déclaration expresse du créancier dans ce cas se trouve non avenue, parce que toute déclaration *contraire à la nature d'un acte* est nulle. Mais c'est raisonner comme si les trois derniers obligés n'étaient que cautions absolument et aussi bien vis-à-vis du créancier que vis-à-vis de l'autre obligé; tandis que, s'étant tous engagés solidairement, ils ne sont réputés cautions que *par rapport à leur coobligé* (comme le disent et la raison et le texte formel de l'art. 1216), et restent tous débiteurs solidaires ordinaires vis-à-vis du créancier. Sans doute, s'il n'y avait absolument, et pour le créancier aussi bien que pour les obligés, qu'un débiteur et trois cautions, il serait bien impossible de libérer ce débiteur *pour sa part,* puisque, étant débiteur unique, il n'aurait pas de part; mais quand les quatre obligés, quoique présentant un débiteur unique et trois cautions dans leurs rapports entre eux, forment quatre débiteurs solidaires par rapport au créancier, il est clair qu'il n'y a rien d'impossible, rien de contraire à la nature de l'acte, à ce que le créancier ne libère que de sa part, c'est-à-dire pour un quart seulement, l'un de ces quatre débiteurs (1).

Il ne suffit donc pas, pour que la remise porte sur la part réelle de l'obligé, que le créancier ait connaissance de la position respective des codébiteurs solidaires; il faut qu'à cette connaissance se joigne sa volonté d'éteindre la dette pour cette part réelle. C'est d'après les circonstances qu'on jugera de cette volonté, qui précisément est *évidente* dans l'hypothèse prévue par Delvincourt. — Que si rien ne venait préciser l'intention, on devrait encore, dans le doute, se décider pour la part virile et apparente, puisque c'est entre eux seulement que les coobligés sont les uns débiteurs et les autres cautions, et que, par rapport au créancier, tous sont des codébiteurs solidaires ordinaires.

IV. — 805. Quand la remise expresse est faite à l'un de plusieurs débiteurs non solidaires, il est clair que ce serait uniquement d'après les règles générales qu'on devrait déterminer l'effet plus ou moins étendu de la remise, c'est-à-dire qu'on apprécierait l'intention du créancier

---

(1) L'argumentation de Delvincourt supposerait que des débiteurs solidaires, dont quelques-uns ne sont que des cautions par rapport aux autres, cessent d'être débiteurs solidaires par cela seul que le créancier connaît leur position! Et ceci conduirait à dire que celui qui connaît à l'avance la position de deux personnes, dont l'une ne va s'obliger que dans l'intérêt de l'autre, ne peut pas recevoir efficacement l'engagement solidaire de ces deux personnes!

La décision de Delvincourt, déjà critiquée par Toullier (VII, 329, note 2), a dû être l'objet d'une réfutation plus complète de notre part, attendu qu'elle a été reproduite, comme un point ne faisant pas même question, dans un ouvrage assez répandu parmi les élèves des Facultés. — Dans cet ouvrage, on invoque à l'appui de cette décision l'art. 1863, qui n'a rien à faire dans le débat, mais qui, en tout cas, prouverait le contraire de ce qu'on veut en induire. En effet, cet article déclare que quand les associés, dont les parts sociales sont inégales, contractent une obligation commune pour leur société, tous sont tenus pour des *parts égales*, si le contrat ne contient pas une clause *spéciale* qui mesure l'engagement de chacun sur l'étendue de sa part réelle dans la société!

d'après ses termes, interprétés par les circonstances de l'affaire. — Dans le doute sur le sens précis de la remise, le principe que les renonciations ne se présument pas commandera de pencher toujours pour l'effet le moins étendu. On ne saurait appliquer ici la présomption légale de l'art. 1285, posée pour le seul cas de solidarité.

V. — 806. Dans le cas de dette cautionnée, la remise faite au débiteur libère toujours et nécessairement les cautions, puisque l'accessoire ne saurait subsister là où il n'existe plus de principal.

Au contraire, et par la raison inverse, il est bien évident que la remise faite à la caution, en tant que caution, ne saurait libérer le débiteur : la dette ne sera plus cautionnée, voilà tout. — Mais s'il résultait, soit des termes formels de l'acte, soit des circonstances dans lesquelles il s'est accompli, que la remise, quoique ne s'adressant qu'à la caution, portait vraiment sur la dette elle-même ; si, par exemple, le créancier, après avoir inutilement poursuivi un débiteur principal hors d'état de payer, faisait avec la caution un arrangement dans lequel il renoncerait à sa créance au moyen des avantages quelconques que la caution lui procure (avantages que nous supposons ne constituer ni un payement, ni une novation) ; ou bien, si ce créancier, même en ne recevant aucun avantage pour sa renonciation, déclarait qu'en considération de la caution il tient la dette pour éteinte, il est clair qu'une telle remise ne serait plus personnelle à la caution et libérerait aussi bien le débiteur principal que cette caution.

VI. — 807. Quand il y a plusieurs cautions, la remise faite à l'une d'elles *ne libère pas les autres,* dit la fin de l'art. 1287. Mais cette règle a grand besoin d'explication ; elle est loin d'avoir le sens absolu qui paraîtrait résulter de ses termes.

Et, d'abord, si la remise a été faite (comme nous le supposions tout à l'heure pour une caution unique) de manière à prouver qu'on a entendu éteindre la dette, et non pas seulement procurer une décharge personnelle à la caution, il est bien évident que toutes les cautions seront libérées, puisque le débiteur principal le sera. Mais, même dans le cas de décharge purement personnelle à la caution, il ne faudrait pas croire que cette décharge soit sans aucun effet pour les autres cautions, et qu'elle laisse toujours subsister contre elle une obligation aussi étendue qu'auparavant. Après la décharge d'une des cautions, les autres ne se trouvent plus obligées à la dette que sous déduction de la part que devait supporter la première ; si, par exemple, une dette de 12 000 francs était garantie par quatre cautions, et que l'une d'elles fût déchargée, chacune des trois autres ne garantirait plus la dette que pour 9 000 fr.

En effet, ou les cautions sont solidaires entre elles, ou elles ne le sont pas. Si elles sont solidaires, elles se trouvent placées sous la règle du deuxième alinéa de l'art. 1285 : aussi le procès-verbal de la discussion de notre art. 1287 déclare-t-il qu'on n'adopte l'article, et qu'on ne permet au créancier de décharger une seule des cautions en conservant ses droits contre les autres, que pour le cas où ces cautions ne sont pas solidaires (Fenet, t. XIII, p. 89, alin. 5, et 87, alin. 2). Que si les cau-

tions ne sont pas solidaires, c'est-à-dire si elles n'ont pas renoncé au bénéfice de division, non-seulement chacune d'elles peut, d'après l'article 2026, contraindre le créancier à les poursuivre toutes à la fois, pour ne demander à chacune que sa part (ce qui réduira le créancier à n'obtenir d'elles que 9 000 francs, puisqu'il a déchargé une des quatre); mais quand même celle des trois cautions non déchargées à laquelle il s'adresse n'opposerait pas le bénéfice de division et consentirait à payer la totalité, il s'agirait toujours, non plus de la totalité de la dette, ou 12 000 francs, mais de la totalité du cautionnement, qui se trouve réduit à 9 000 francs par la décharge de l'une des quatre cautions...

Cette réduction du cautionnement par la décharge de l'une des cautions, même sans solidarité et en dehors de la règle de l'art. 1285, peut se prouver de plusieurs manières. D'abord, il serait absurde que le créancier pût obtenir, en ne poursuivant qu'une seule caution, plus qu'il n'aurait en divisant son action contre toutes à la fois; or, nous venons de voir que, d'après l'art. 2027, il y a réduction de son cautionnement dans ce cas de poursuites divisées. D'un autre côté, l'article 2033 voulant, et avec raison, que celle des cautions qui acquitte la dette entière ait son recours contre les autres de manière à ne supporter que sa part, il est clair que la décharge que le créancier donne à l'une des cautions doit, en diminuant le recours des autres, diminuer par là même et proportionnellement leur obligation de payer. Enfin, l'art. 2037 déclare que, quand le créancier a rendu impossible la subrogation aux droits accessoires qui garantissaient sa créance, le cautionnement cesse; or, en déchargeant l'une des cautions, le créancier rend impossible la subrogation au droit de poursuite contre cette caution pour sa part, et, dès lors, il y a extinction du cautionnement pour cette part.

Et non-seulement le créancier ne pourrait plus poursuivre les autres cautions que déduction faite de la part de celle qu'il a déchargée; mais si l'une des cautions non déchargées se trouve insolvable, le créancier, par une conséquence nécessaire, ne pourra poursuivre les cautions solvables, à raison de cette insolvabilité, qu'en défalquant la part que la caution par lui déchargée aurait dû en supporter. — Tout ceci est la conséquence du principe que la décharge d'une des cautions ne peut jamais nuire aux autres.

808. Il faut donc se défier de cette proposition de l'art. 1287, que la remise accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres. Sans doute, elle ne les libère pas complétement (en supposant, comme le fait évidemment l'article, une décharge purement personnelle à cette caution), elle ne les libère pas *de leurs parts* dans le cautionnement; mais elle les libère de la part de la caution déchargée. Il ne faut donc pas prendre cette proposition à la lettre; et si elle a été rédigée ainsi, c'est parce que, lors de la discussion, les rédacteurs avaient, sur les obligations et les droits des cautions entre elles, des idées qui n'ont point été consacrées plus tard dans le titre *Du Cautionnement*. « Les cautions ne sont pas cautions entre elles, disait M. Cambacérès; l'engagement

de l'une *n'a aucun rapport* avec l'engagement de l'autre; et si le créancier relâche l'une, il ne porte aux autres *aucun préjudice*. M. Defermon disait que, s'il *pouvait arriver* qu'une seule caution payât *pour toutes,* il ne serait *pas juste* de permettre qu'une des cautions pût être déchargée. M. Treilhard répondait qu'il faudrait pour cela supposer les *cautions solidaires,* et qu'elles ne le sont pas. Enfin, M. Tronchet disait que trois cautions prises pour le même engagement sont complétement *étrangères entre elles* (Fenet, p. 86 et 87)... On voit, par cette seule citation (où l'on voit les différentes cautions comme n'ayant aucun rapport entre elles, et où l'on suppose que l'une des cautions ne peut arriver à payer le tout que dans le cas de solidarité, tandis que l'article 2025 pose en principe que chacune des diverses cautions est toujours obligée à la totalité de la dette), que si le titre *Du Cautionnement* avait existé, lors de cette discussion, tel qu'il est dans le Code, le principe de raison et de justice proclamé dans la discussion, que la décharge d'une caution ne peut jamais nuire aux autres, aurait amené une rédaction différente de celle que présente la disposition finale de l'article 1287 (1).

VII. — 809. Il est toutefois un cas particulier où les idées émises lors de la discussion au Conseil, et qui ont été rejetées en général par les règles adoptées dans le titre *Du Cautionnement,* sont restées exactes, et pour lequel dès lors il faudrait appliquer dans son sens absolu et rigoureux la règle que la décharge d'une caution ne libère pas les autres : c'est quand la caution déchargée s'était obligée par un acte postérieur à l'engagement des autres, de sorte que celles-ci n'aient pas pu compter sur elle.

Ainsi, Pierre, en contractant vis-à-vis de moi une dette de 12000 fr., me donne trois cautions; et plus tard, par un acte séparé, une quatrième caution vient accéder aux trois premières, sans aucun concours et peut-être à l'insu de celles-ci. Dans ce cas, il est vrai de dire, comme on l'a fait au conseil d'État, que les trois premières cautions sont étrangères à la quatrième, et que leur engagement, quant à elles, est sans aucun rapport avec l'engagement de celle-ci; il est vrai de dire que ces trois cautions n'ont pu ni dû compter sur la dernière, et que le créancier, en déchargeant celle-ci pour conserver néanmoins son recours intégral et primitif contre chacune des trois autres, ne leur cause aucun préjudice... Ces trois cautions étaient obligées, chacune pour le tout (art. 2025), avant l'engagement de la quatrième. En déchargeant celle-ci pour les poursuivre chacune pour le tout, on n'aggrave pas la position qu'elles s'étaient faite; on les remet dans l'état où elles ont entendu être; la poursuite contre chacune d'elles pour le tout n'est que l'exécution de leur convention. Elles ne sauraient donc se plaindre; et il est vrai de dire alors que la décharge de la quatrième caution ne libérera en rien les trois premières et ne diminuera en rien

(1) Delvincourt (t. II); Toullier (VII, 331); Duranton (XII, 375); Zachariæ (II, p. 404).

l'étendue de leur cautionnement (*voy*. Pothier, art. 2, § 2, alin. pénult.).

Il en serait autrement, même vis-à-vis de la quatrième caution, si c'était à l'une des trois premières que la décharge fût donnée ; car si celles-ci n'ont pas compté sur l'engagement de la dernière, cette dernière a tout naturellement compté sur l'engagement des précédentes.

Il serait possible, cependant, que l'engagement de la quatrième caution eût été demandé par le créancier, et donné par cette caution comme indépendant de l'engagement des autres ; et, dans ce cas, il est évident que la décharge de l'une de ces trois cautions, ou de toutes trois, serait sans influence sur la position de la quatrième. C'est par les termes et les circonstances du second acte que se déciderait cette question.

VIII. — 810. Pour savoir si celui des coobligés à qui a été faite une remise libérant aussi les autres peut recourir contre ceux-ci, comme il le pourrait s'il avait payé la dette, il faut distinguer si cette remise a eu lieu gratuitement ou à titre onéreux. Dans ce dernier cas, le droit de recours est évident ; mais il n'y a pas de recours possible quand la remise est gratuite.

Le recours, en effet, ne peut avoir pour objet que l'indemnité due au codébiteur pour ce qu'il a déboursé afin de libérer ses coobligés ; or, ici rien n'a été déboursé, et il ne peut pas être question d'indemnité. Le recours est une action de gestion d'affaires intentée par le gérant pour recouvrer ses impenses ; or, ici, il n'y a eu aucune impense. — En vain on dirait (et cette doctrine semble être celle de M. Duranton, au n° 227 du tome XI) que la remise gratuite étant un don de la créance, celui à qui elle est faite se trouve avoir contre ses codébiteurs les droits que le créancier donateur avait lui-même... Il y a là une lourde erreur. Sans doute, un créancier peut faire à l'un des codébiteurs donation de sa créance, et le donataire devient ainsi créancier pour toute la partie de la dette qui ne s'éteint pas par confusion (article 1300) ; mais puisque, dans ce cas, la créance est donnée, transmise au donataire, et continue de subsister pour lui, il n'y a donc pas d'extinction par remise de dette... Il y a transport-cession de la créance par donation : une fois ce transport opéré, il y a extinction d'une partie de cette créance *par confusion*, et maintien de l'autre partie, mais il n'y a en rien remise de dette. L'action du donataire contre les anciens coobligés ne serait pas un recours ; ce serait l'exercice pur et simple de la créance qui continue d'exister. Et puisque alors il y a donation proprement dite de la créance, il est bien clair que l'effet ne peut se produire que par les formes spéciales des dispositions à titre gratuit. Il ne faut donc pas confondre ainsi la donation d'une créance avec la simple remise, même gratuite ; et dans ce cas de remise, encore une fois, il n'y a pas de recours possible.

Nous avons dit que M. Duranton *semble professer* la doctrine que nous venons de réfuter. D'une part, en effet, il accorde le recours à l'obligé à qui le créancier *a fait don* de la créance *sans suivre les formes d'une donation*, ce qui indiquerait bien un cas de simple remise

gratuite, et non un cas de donation proprement dite; et il déclare, en effet, s'occuper là du codébiteur solidaire à qui *la remise de la dette* a été faite; mais comme il donne, dans le même passage, *pour exemple d'une remise de dette,* d'abord une *novation,* et ensuite un *payement* avec subrogation, il devient impossible, au milieu de cette confusion d'idées contradictoires, de savoir quelle a été la pensée du savant professeur : on ne peut pas dire s'il a entendu parler d'une donation proprement dite, opérant la *translation* de la créance, ou seulement d'une libéralité ne constituant pas une donation et résultant *de l'extinction* de cette créance par une remise gratuite. Quoi qu'il en soit, il y a erreur dans l'une comme dans l'autre hypothèse. Car, si M. Duranton entend parler d'une donation proprement dite, il est vrai qu'il y a recours, mais il est faux que les formes spéciales ne soient pas nécessaires; que s'il entend parler d'une simple remise gratuite, ces formes spéciales ne sont plus nécessaires, mais il n'y a pas de recours possible (1).

811. Le recours n'étant qu'une demande d'indemnité, une action en recouvrement d'impenses, il faut donc décider que, dans le cas de remise faite à titre onéreux, si le sacrifice quelconque en échange duquel la remise a été consentie avait une valeur moindre que le montant de la dette, ce serait seulement pour cette valeur moindre que le recours pourrait s'exercer.

IX. — 812. Le Code ne disant nulle part quels seraient, vis-à-vis des coobligés, les effets de la décharge *tacite* procurée à l'un d'eux autrement que par la restitution du titre, nous avons déjà fait observer, sous l'art. 1284, qu'on devra tout naturellement appliquer à ce cas les règles qui viennent d'être expliquées pour la remise expresse, sauf, bien entendu, qu'on ne pourrait pas exiger, pour que la décharge d'un codébiteur solidaire n'eût d'effet que pour sa part, une réserve *expresse* à cet égard, puisqu'on suppose une remise dans laquelle il n'y aurait rien d'exprès, et où l'intention ne se manifesterait que par les faits. — Si donc il est révélé par les circonstances que le créancier n'a entendu décharger le débiteur solidaire que de sa part, les codébiteurs seront eux-mêmes libérés pour cette part; et c'est aussi par les circonstances qu'on décidera s'il s'agit de la part virile ou de la part réelle, qui pourrait être différente; — s'il lui a fait remise entière, les autres seront pleinement libérés avec lui; — si c'est un débiteur principal qui est déchargé, ses cautions le seront avec lui; — si c'est une caution, et qu'elle le soit en tant que caution, le débiteur reste tenu et les autres cautions ne sont libérées que pour la part que la caution déchargée avait dans le cautionnement; et ainsi des autres règles qui viennent d'être développées.

---

(1) Il pourra quelquefois être difficile, quand le créancier aura employé les formes de la donation entre-vifs ou du testament, de décider s'il a voulu faire une donation transportant la créance ou une remise anéantissant cette créance, puisque, comme on l'a dit déjà, la simple remise peut très-bien se faire par testament ou par acte notarié. Ce sera là un point de fait, une question d'intention à décider par interprétation de l'acte et d'après les circonstances.

Nous devons enfin faire observer que, pour distinguer la remise qui libère tous les obligés de celle qui est purement relative à celui à qui elle s'adresse, plusieurs auteurs ont pris coutume d'appeler la première remise ou décharge *réelle* (c'est-à-dire portant sur la *chose* même, sur la dette), par opposition à la remise ou décharge *personnelle*, laquelle *magis eximit* PERSONAM *debitoris ab obligatione, quam extinguit ipsam obligationem* (Pothier, chap. 3, art. 2; Delvincourt; Toullier, VII, 329).

1288. — Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

813. C'était un point très-controversé dans notre ancien droit, et Pothier (art. 2, § 3) l'appelle une célèbre question, que celui de savoir si le créancier d'une dette garantie par une caution peut licitement recevoir de cette caution, pour la décharger de son cautionnement, une somme qui ne devrait pas s'imputer sur la dette, mais qui serait uniquement le prix de la décharge.

Pothier, d'après Dumoulin, le croyait permis dans le cas où, au moment de la décharge, il y avait lieu de craindre l'insolvabilité du débiteur, attendu qu'alors la somme ainsi donnée par la caution (et que le créancier se trouvait définitivement avoir en plus de son dû, si la dette venait à lui être intégralement payée) se trouvait être le juste prix des risques que le créancier avait pris à sa charge. C'était là, disait-il, un contrat aléatoire, dans lequel le créancier, en se soumettant à la chance de perdre à la place de la caution, avait bien le droit de ne le faire qu'en stipulant un gain. D'autres prétendaient qu'une telle stipulation était contraire à la nature du contrat du cautionnement, qui a pour unique but de garantir au créancier son payement, et que du moment que ce créancier arrive à obtenir son dû, il ne peut jamais avoir rien au delà.

Cette dernière opinion, peut-être trop sévère, est consacrée par le Code, qui déclare, dans notre article, d'une manière absolue et sans distinction, que la somme ainsi payée par une caution s'impute sur la dette même, constitue dès lors une remise *réelle*, et décharge jusqu'à concurrence le débiteur et les autres cautions, s'il y en a.

814. Et qu'on n'essaye pas de soutenir, comme on l'a fait quelquefois, que ce n'est là qu'une présomption d'intention qui tomberait devant la certitude d'une intention contraire, une règle générale dont on pourrait s'écarter par une stipulation particulière réservant expressément au créancier ses droits entiers contre le débiteur et lui attribuant la somme comme prix des risques qu'il veut bien courir. Ce serait une erreur; le législateur, à tort ou à raison, a précisément écrit notre article pour proscrire cette ancienne doctrine de Pothier. On le voit clairement par la discussion au conseil d'État.

Critiqué *à ce point de vue* par les uns, l'article a été défendu par les

autres, et définitivement adopté, *à ce même point de vue*. « Quelquefois, disait M. Bérenger, ce pacte n'a rien que d'honnête; car, en relâchant la caution, le créancier s'expose dans certaines circonstances à des risques dont il est juste de lui donner l'indemnité. » A quoi M. Treilhard répondit que « le créancier, en prenant une caution, n'a d'autre objet que de pourvoir à la sûreté de sa créance; or, lorsqu'il reçoit, cet objet est rempli : la disposition est donc conforme aux principes de la justice et à l'esprit du contrat de cautionnement. » Enfin, M. Ségur ayant objecté que cette disposition serait facilement éludée, en n'exprimant dans l'acte qu'une décharge pure et simple, M. Treilhard répondit que la loi ne peut rien contre les *fraudes* que rien ne trahit, et l'article fut adopté (Fenet, XIII, p. 87 et 88).

Ainsi donc, on a si bien entendu prohiber toutes conventions contraires, qu'on les a déclarées des *fraudes à la loi*, fraudes qui ne pourront avoir effet que quand elles resteront ignorées.

SECTION IV.

DE LA COMPENSATION.

815. On entend par compensation l'extinction simultanée de deux obligations qui s'acquittent mutuellement, à raison de ce que le créancier de la première est le débiteur de la seconde, en même temps que le créancier de la seconde est le débiteur de la première. C'est un payement fictif ayant pour but et pour effet d'éviter à chacune des deux parties la nécessité de livrer d'une main ce qu'elle aurait à recevoir de l'autre.

La compensation est légale ou facultative : légale, quand, au moyen du concours des quatre conditions qui vont être expliquées sous les art. 1289-1291, elle s'accomplit de plein droit et sans la volonté des parties; facultative, quand elle n'a lieu que sur la demande de l'une de ces parties. Les textes que nous allons expliquer ne parlent que de la compensation légale; nous y ajouterons quelques mots sur la compensation facultative, laquelle, au surplus, produit les mêmes effets, et ne diffère de la première que par la manière dont elle s'opère.

1. *De la compensation légale.*

1289. — Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

1290. — La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

816. La loi, comme nous l'avons dit, n'entend parler ici que de la compensation légale, la seule qui s'opère de plein droit, à l'insu des

débiteurs, par l'effet immédiat de l'existence des quatre conditions voulues.

La première de ces conditions, indiquée par l'art. 1289, c'est que les deux parties soient réellement débitrices l'une de l'autre. Ainsi, la compensation n'aurait pas lieu si, me devant à moi 500 francs, vous étiez créancier de pareille somme, non pas sur moi-même, mais sur mon pupille; car, bien que ce soit à moi de vous payer, en ma qualité de tuteur, la dette n'est cependant pas mienne. De même, il n'y aurait pas compensation entre ce que je dois à une succession et ce que me doit l'héritier bénéficiaire, puisque l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'opère pas la confusion des patrimoines, et que, si j'ai l'héritier pour débiteur, ce n'est pas lui, mais le patrimoine du défunt, que j'ai pour créancier. — Nous verrons des applications de cette première condition dans l'art. 1294 (1).

Du reste, et avant de connaître les trois autres conditions de la compensation légale, on voit déjà par l'art. 1290 qu'il n'est pas nécessaire que les deux dettes aient une égale importance, de manière à se payer toutes deux intégralement; car cet article nous dit que les deux dettes s'éteindront jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, ce qui suppose deux dettes inégales, dont la plus petite s'éteint pour le tout, et l'autre pour partie seulement. C'est là, comme on le voit, une exception à la règle qu'un créancier ne peut pas être forcé de recevoir un payement partiel (art. 1244).

1291. — La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fungibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles.

Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.

1292. — Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation.

SOMMAIRE.

I. La deuxième condition de la compensation légale, c'est que les objets des deux dettes soient fongibles entre eux. Observations sur les dettes alternatives et sur les dettes facultatives.

II. Cette fongibilité respective existe notamment pour les dettes d'argent, et les denrées cotées aux mercuriales sont ici réputées de l'argent : dissentiment avec MM. Dalloz et Zachariæ. Rapport de cette règle avec l'art. 129 du Code

(1) Le mari peut opposer en compensation à son créancier personnel les créances dotales que sa femme a contre le créancier. Limoges, 19 fév. 1862 (Dev., 63, II, 62; *J. Pal.*, 62, 847). Mais la faculté d'opposer la compensation n'appartient pas au créancier du mari. Nîmes, 5 déc. 1860; Aubry et Rau (IV, § 536 et note 7, p. 469); Larombière (art. 1291, n° 4, et art. 1293, n° 17). *Contrà :* Caen, 18 juill. 1854 (Dev., 56, II, 180; *J. Pal.*, 56, I, 622); Pont et Rodière (*Contr. de mar.*, t. II, n° 573); Troplong (*ibid.*, t. IV, n° 2325); *Dict. not.* (v° Compensation, n° 40).

de procédure; erreur de Toullier et de M. Duranton. — La règle n'existe pas pour les dettes dont l'une est précisément la cause de l'autre.

III. La troisième condition est que chaque dette soit liquide, c'est-à-dire certaine dans son existence et déterminée dans sa quotité.

IV. La quatrième condition est l'exigibilité de chacune des dettes. Toutefois, le terme de grâce ne saurait empêcher la compensation, et l'exigibilité résultant de la faillite n'y donne pas lieu. — Renvoi à l'art. 1298.

I. — 817. Pour que la compensation légale s'accomplisse, il faut, en outre de la première condition indiquée ci-dessus, 2° que les dettes aient pour objet toutes deux des sommes d'argent (et des denrées dont le prix est fixé par des mercuriales sont réputées ici de l'argent), ou d'autres choses fongibles entre elles; 3° qu'elles soient liquides; 4° enfin qu'elles soient exigibles.

Et d'abord, quoique le législateur ait fait exception en cette matière à la règle que le créancier ne peut pas être forcé de recevoir une partie seulement de ce qui lui est dû, il n'a pas voulu faire également exception à cette autre règle, que le créancier ne peut pas être forcé de recevoir en payement une chose autre que celle qui lui est due. Et en effet, cette seconde règle a beaucoup plus d'importance que la première; car, en définitive, il n'y a pas grand inconvénient à ce que le créancier reçoive une partie de sa dette, quand il peut poursuivre immédiatement le recouvrement du reste, tandis qu'il serait intolérable de le contraindre à prendre une bibliothèque, par exemple, quand il a stipulé un cheval. Il faut donc, pour que le payement réciproque et fictif, qui constitue la compensation, se réalise, que les deux dettes aient un objet semblable; dans ce cas, il n'y a pas d'inconvénient à ce que chaque créancier se trouve payé par la simple conservation de la chose qu'il devait livrer, puisqu'il ne l'aurait livrée que pour en recevoir une pareille.

Il y aura donc compensation quand les deux choses dues sont fongibles entre elles. Nous disons fongibles entre elles, car il ne suffirait pas que chacune d'elles soit fongible, si elle ne l'était pas par rapport à l'autre : ainsi, quand j'ai emprunté à mon voisin, libraire comme moi, douze exemplaires du Code, et que ce voisin m'a emprunté douze bouteilles de vin, il y a bien fongibilité de part et d'autre (car nous avons entendu qu'on rendrait d'autres livres et d'autres bouteilles semblables, et non pas les mêmes); mais comme les bouteilles ne sauraient remplacer les Codes, ni réciproquement, que dès lors il n'y a pas fongibilité respective d'un objet à l'autre, la compensation ne serait pas possible. Il faut donc deux objets fongibles respectivement; et c'est là ce que notre article entend, quand il exige des choses fongibles *de même espèce*. C'est-à-dire que la compensation a lieu dans tous les cas, et seulement dans les cas, où chaque partie pourrait payer ce qu'elle doit en livrant ce qui lui est dû. Ainsi, quand chacune des deux dettes a pour objet, *in genere,* un cheval, cent moutons, vingt pièces d'huile, un hectare de terre dans tel canton, il y aura compensation. Mais la compensation n'aurait plus lieu si, l'une des parties devant *un cheval,* l'autre devait *tel de ses chevaux* individuellement déterminé, ou seulement

celui de ses chevaux qu'elle voudra choisir; car il y a ici une partie, la seconde, qui ne peut pas payer en livrant ce qui lui est dû : si on admettait la compensation dans ce cas, la première partie aurait en payement un cheval autre que celui qu'on lui doit : le cheval quelconque qui est dû d'un côté ne remplace plus exactement le cheval déterminé (ou à prendre dans une quantité déterminée), qui est dû de l'autre part : les deux objets ne sont plus fongibles entre eux. Il en sera de même si l'une des parties devant cent moutons indéterminés, l'autre doit les cent moutons qui sont dans sa bergerie, ou cent moutons à prendre parmi les cinq cents qui sont dans cette bergerie; si l'une devant un hectare de terre dans tel canton, l'autre doit un hectare dans un autre canton.

818. La compensation légale n'aurait pas lieu non plus quand l'une des dettes, à côté d'une chose fongible par rapport à l'objet de l'autre dette, se trouve avoir alternativement pour objet une seconde chose qui n'a pas ce même caractère; par exemple, si je vous dois 10 hectares de terre dans telle contrée, et que vous me deviez alternativement ou 10 hectares de terre dans la même contrée ou votre maison de Versailles, soit à mon choix, soit au vôtre. Dans ce cas, la compensation de plein droit ne peut pas s'accomplir : car elle aurait pour effet de payer la dette alternative par les 10 hectares de terre, tandis que celui auquel le choix appartenait avait le droit de ne donner ou de ne recevoir que la maison de Versailles. Quand une dette est alternative, et tant qu'elle demeure alternative, on ne sait pas quel est son objet; c'est peut-être telle chose, et c'est peut-être telle autre : dans notre exemple, votre dette a peut-être pour objet les hectares de terre et par conséquent une chose fongible avec celle que je vous dois; mais peut-être aussi son objet est-il la maison. Tout dépend ici de la volonté de de celle des parties à laquelle le choix appartient; et c'est seulement quand cette partie aura déclaré sa volonté à cet égard, et que la dette aura cessé par là d'être alternative, que la compensation s'opérera (en supposant, bien entendu, que le choix de cette partie ait été pour la chose fongible).

Que si l'une des dettes, au lieu d'être alternative, était seulement facultative; par exemple, si vous vous êtes obligé à me livrer les 10 hectares de terrain, mais en vous réservant la faculté de me livrer à la place de cet objet votre maison de Versailles; dans ce cas, comme votre dette n'a qu'un seul objet, les 10 hectares de terre, et que ces hectares sont la seule chose due par vous (*voy.* ci-dessus, à la suite de l'art. 1196), la compensation est évidemment possible; mais comme, d'un autre côté, le débiteur n'est pas absolument forcé de livrer l'objet dû et peut se libérer en abandonnant la maison, cette compensation ne s'accomplira pas, s'il déclare s'y opposer. Il nous paraît donc que, dans ce cas, il y aura compensation si le débiteur de l'obligation facultative laisse passer l'échéance de sa dette sans rien dire; et que cette compensation, au contraire, deviendra impossible si, lors de l'échéance ou avant, le débiteur déclare qu'il entend se libérer par l'abandon de la chose réservée *in facultate solutionis*.

II. — 819. La règle que la compensation a lieu pour les dettes d'argent n'est, au fond, que l'application du principe que nous venons de développer; car il est évident qu'il n'y a pas de choses plus exactement fongibles entre elles, et se remplaçant plus parfaitement l'une l'autre, que des sommes d'argent. Bien entendu, nous parlons en général et pour les cas ordinaires. Car si l'argent qui fait l'objet de votre dette était dû par vous, non comme une simple valeur pécuniaire pouvant être payée au moyen d'autre argent, mais comme corps certain qui doit être identiquement livré *in ipso individuo,* il est clair que cet objet cesserait d'être fongible avec un autre, et, par conséquent, d'être compensable. Ainsi, quand votre père m'a légué comme objets de curiosité des pièces de monnaie qu'il avait recueillies, soit à cause de leur date, soit pour toute autre raison, il est bien évident que vous ne pourriez pas m'en rendre d'autres, ni prétendre que votre dette se compense avec la somme que je vous dois. Mais quant à toute dette ordinaire d'une somme, il est clair qu'elle est compensable.

Mais la loi donne à cette règle une étendue qu'on n'aurait pas pu lui donner dans le silence des textes : elle assimile à des dettes d'argent celles de denrées dont le prix est fixé par les *mercuriales,* c'est-à-dire par des registres sur lesquels les maires des communes constatent officiellement le cours de ces denrées dans les marchés. Ainsi, quand je vous dois de l'argent et que vous me devez du blé; quand je vous dois du blé et que vous me devez du seigle, de l'orge, de l'avoine, etc., et que ces denrées sont cotées aux mercuriales, ces denrées représenteront de l'argent, d'après le prix courant, et il y aura dès lors compensation comme s'il y avait eu primitivement dette d'argent de part et d'autre (1).

820. M. Dalloz (v° Obligat., p. 621, n° 8) et M. Zachariæ (II, p. 407) ne donnent pas la même étendue que nous au deuxième alinéa de notre article; ils le prennent au pied de la lettre et enseignent que, si une dette de denrées cotées aux mercuriales se compense avec une dette d'argent, elle ne se compenserait pas de même avec une dette d'autres denrées également cotées. — Nous croyons que c'est s'attacher trop judaïquement au texte de la loi et méconnaître sa pensée. Quand la loi compense le blé avec l'argent et compense de même le seigle, elle déclare par là même que ce blé et ce seigle, vu la facilité de leur transformation en numéraire, sont également réputés de l'argent (en ce qui touche la compensation); mais si le blé est ici une somme d'argent et que le seigle en soit une aussi, comment ne se compenseraient-ils pas entre eux?... Deux choses dont chacune est compensable avec une troisième, c'est-à-dire légalement identique à elle, sont nécessairement compensables entre elles : *quæ sunt eadem uni tertio sunt eadem inter se;* si *B* égale *A,* et que *S* égale aussi *A,* il est clair que *B* égale *S*...

821. Toullier (VII, 367) et M. Duranton (XII, 390) voient tous deux

(1) Conf. *Dict. not.* (v° Compensation, n° 20).

une exception à notre règle dans l'art. 129 du Code de procédure, d'après lequel les jugements condamnant à une restitution de fruits, devront l'ordonner en nature pour la dernière année, et en argent pour les années précédentes. M. Duranton dit que la restitution étant ordonnée *en nature* pour la dernière année, il n'y aura pas pour cette dernière année de compensation possible. Toullier présente la même décision, mais il lui donne plus d'étendue; car au lieu de restreindre cette prétendue exception au cas d'une restitution de fruits, il l'étend à toutes les prestations de denrées dans lesquelles plusieurs années sont dues. Ainsi, quand je suis créancier d'une rente annuelle de 50 hectolitres de blé, et que le débiteur ne m'a pas payé depuis trois ans, Toullier (combattu en ce point par M. Duranton) enseigne que la compensation, possible pour la première et la seconde année, ne le sera pas pour la dernière; mais s'il s'agit d'un envoyé en possession des biens d'un absent (art. 127), ou bien d'un possesseur de mauvaise foi (art. 549) qui est condamné à me rendre mon immeuble avec tout ou partie des fruits qu'il a produits depuis trois ou quatre ans, M. Duranton est d'accord avec Toullier pour dire que les fruits de la dernière année ne se compenseront pas avec ce que je pourrais devoir au restituant.

C'est là une grave erreur... Et d'abord Toullier se méprend singulièrement sur le sens de l'art. 129, quand il l'applique au cas de prestations périodiques de fruits; l'article ne parle et ne s'occupe que des *restitutions de fruits*, c'est-à-dire des cas où le *possesseur* de mon bien doit *me rendre* les fruits qu'il a recueillis sur ce bien, et qui m'appartenaient comme le bien lui-même. Il doit alors, pour la dernière année, me rendre, du moins en principe, les fruits eux-mêmes, parce qu'on suppose qu'il les a encore; que s'il ne les avait plus, le même article a soin de dire qu'il n'aurait qu'à en payer le prix. Quant aux fruits des années antérieures, comme il y a lieu de croire qu'il ne les a plus, la loi dit qu'il en payera le prix; et il n'est pas besoin pour cela que ce prix soit coté par les mercuriales : à défaut de mercuriales, l'art. 129 déclare que ce prix sera fixé par experts. Or, qu'y a-t-il de commun entre cette hypothèse et celle d'une personne qui me doit une rente annuelle de tant d'hectolitres de blé, d'avoine, etc., et qui, si elle laisse passer deux ou trois années sans me payer, peut tout aussi bien me donner ma redevance en nature pour la première ou la seconde année que pour la troisième? Si le débiteur, dans ce dernier cas, n'a pas conservé le blé de sa propre récolte pour me payer, il me payera avec d'autre. Toullier a donc tort d'étendre à toutes les prestations la règle que l'art. 129 ne porte que pour les *restitutions* de fruits, et M. Duranton a raison de rejeter sa doctrine sur ce premier point; mais c'est une seconde erreur (erreur que M. Duranton partage) que de regarder cet art. 129 comme faisant exception, pour le cas dont il s'occupe, à la règle de notre second alinéa. L'art. 129 ne s'occupe pas le moins du monde de savoir s'il y aura compensation dans tel ou tel cas; et s'il a pour résultat de soumettre le restituant à *payer* dans tel cas

une somme d'argent, et des fruits dans tel autre, il est clair qu'il n'y a lieu au payement effectif et ordinaire de cet argent ou de ces fruits qu'autant que la dette ne se trouverait pas autrement éteinte, soit par compensation, soit par novation, soit de toute autre manière. De même que celui qui serait condamné, d'après l'art. 129, à payer une somme au propriétaire n'aurait aucun payement effectif à faire, s'il se trouvait créancier de pareille somme sur ce propriétaire, parce qu'il y aurait compensation d'après le premier alinéa de notre art. 1292, de même il n'aurait rien à lui payer s'il était condamné à la restitution de fruits s'élevant à la même somme d'après les mercuriales, parce qu'il y aurait compensation d'après le deuxième alinéa de notre article.

En un mot, l'art. 129 du Code de procédure signifie que *la personne obligée à restitution est soumise* dans tel cas à une dette d'argent et dans tel autre *à une dette de fruits;* notre article déclare, de son côté, que *les dettes de fruits se compensent avec les dettes d'argent, quand les fruits sont cotés aux mercuriales...* Il est bien clair que ces deux règles ne se contredisent en rien, qu'il n'y a entre elles aucune espèce d'opposition, et que, par conséquent, l'une ne peut pas être une exception à l'autre (1).

822. Notre règle s'applique donc à toutes dettes de denrées, sauf pourtant une exception résultant de la force même des choses, et qui n'a certainement été passée sous silence par le législateur qu'à raison même de son évidence. Nous voulons parler du cas où la dette de denrées aurait précisément *pour cause* l'obligation avec laquelle on voudrait la compenser. Ainsi, quand je vous achète 50 hectolitres de blé que vous devez me livrer dans quelques jours et que je dois vous payer au même moment, il est clair que l'un de nous ne pourrait pas dire, au moment convenu pour l'exécution, que nous ne nous devons rien l'un à l'autre, que nos deux dettes sont réciproquement éteintes par compensation, vu que l'une a pour objet une somme d'argent et l'autre des denrées cotées aux mercuriales! ce serait aussi absurde qu'inique. Si la compensation s'accomplit bien à l'insu des deux débiteurs et par l'effet de la volonté supposée que la loi leur prête, au moins faut-il que cette volonté ne soit pas raisonnablement impossible et que la compensation ne soit pas l'anéantissement du contrat formé par les parties. Or, ici, il ne peut pas m'être indifférent d'avoir de l'argent ou du blé, puisque c'est précisément et uniquement pour avoir du blé au lieu d'argent que j'ai contracté avec vous, de même que vous n'avez contracté que pour avoir de l'argent au lieu de blé. — Mais il ne faut pas pour

(1) Jugé que les fruits convertis par le jugement qui en ordonne la restitution en intérêts d'un capital déterminé constituent année par année une somme liquide qui peut être compensée également année par année avec les intérêts et le capital des impenses allouées à celui qui est condamné à restituer ces fruits. Cass., 24 fév. 1852 (Dev., 53, I, 159; Dall., 52, I, 45). *Conf.* Massé et Vergé (III, § 571, note 4); Larombière (art. 1291, n° 12).

cela aller jusqu'à dire que la compensation n'est possible, pour une dette de denrées, que quand il s'agit de prestations périodiques : ce serait faire l'exception trop large. Ainsi, quand je vous dois 300 francs que vous m'avez prêtés, et que vous vous trouvez obligé, par le testament de votre père, de me livrer une quantité de blé qui, d'après les mercuriales, équivaut à la même somme, il est clair que rien ne s'oppose à la compensation des deux dettes... L'exception se restreint donc au cas de deux obligations dérivant d'un même contrat dans lequel l'une se trouve être précisément la cause de l'autre.

823. Une dernière observation à faire ici, c'est que ces mots du deuxième alinéa de l'article, *peuvent se compenser,* ne signifient pas qu'il s'agit d'une compensation facultative, pouvant ou non se réaliser selon qu'elle serait ou ne serait pas demandée par l'une des parties. La compensation, ici comme dans les autres cas indiqués par notre section, s'opère par elle-même et par le seul fait du concours des conditions voulues. C'est évident, puisque le Code ne parle que de la compensation légale, et que les art. 1284 et 1290 déclarent positivement que, dans les cas et de la manière indiqués par la loi, la compensation s'opère de plein droit, même à l'insu des débiteurs.

Ainsi donc, notre article, quant à cette seconde condition, revient à dire ceci : — Il faut que les objets des deux dettes soient fongibles entre eux. Or, la fongibilité existe évidemment pour les sommes d'argent; et dans cette manière, on assimile à l'argent les denrées cotées aux mercuriales, pourvu qu'elles ne soient pas dues par l'effet d'un contrat qui exclue nécessairement cette compensation.

III. — 824. La troisième condition requise pour la compensation légale, c'est que les deux dettes soient liquides, c'est-à-dire présentent une existence certaine et une quotité déterminée.

Ainsi, cette compensation légale n'aurait pas lieu du moment que l'une des deux dettes serait contestée par le prétendu débiteur. Bien entendu, nous parlons d'une contestation sérieuse et présentant une difficulté réelle; car s'il s'agissait d'une mauvaise chicane que le juge verrait évidemment mal fondée, il est clair que la prétention inique et ridicule de l'une des parties, de n'être pas débitrice, ne pourrait produire aucun effet; et le juge, en rejetant cette prétention, constaterait que la dette était réellement liquide, et que la compensation s'est accomplie de plein droit. C'est ce qui a été dit positivement dans le Rapport au Tribunat (Fenet, t. XIII, p. 363).

La compensation n'aurait pas lieu non plus si l'une des dettes était conditionnelle, c'est-à-dire soumise à une condition suspensive, puisque, dans ce cas, la dette n'existe pas et doit seulement naître si le fait prévu s'accomplit. Que s'il s'agissait de la condition que le Code appelle résolutoire, comme alors l'obligation est pure et simple, que sa résolution seulement est conditionnelle (voy. *suprà,* art. 1138), et que, par conséquent, la dette existe, rien ne s'oppose à l'accomplissement immédiat de la compensation ; mais si, plus tard, la condition, et partant

la résolution, venaient à s'accomplir, la dette se trouvant ainsi n'avoir pas existé, il y aurait action contre le débiteur de l'autre obligation, laquelle se trouverait n'avoir pas été éteinte (1).

Enfin, la compensation ne s'accomplirait pas si l'une des dettes, certaine quant à son existence, était incertaine quant à sa quotité; par exemple, si son chiffre dépendait d'une estimation à faire ou d'un compte à régler : une dette n'est liquide que quand on sait qu'il est dû et combien il est dû, *an et quantum debeatur*.

IV. — 825. La quatrième et dernière condition de la compensation légale, c'est que chacune des deux dettes soit actuellement exigible.

Si donc l'une des dettes est de celles pour lesquelles la loi ne donne pas d'action, une dette de jeu, par exemple, il n'y aura pas compensation, puisque légalement une telle dette ne peut être exigée à aucune époque. De même, s'il s'agit d'une rente, la compensation légale aura bien lieu pour les arrérages, mais non pas pour le capital, puisqu'il ne peut pas être exigé. Si la dette, quoique exigible en soi, ne l'est pas actuellement, c'est-à-dire si elle est soumise à un terme non encore échu, la compensation légale est également impossible, à moins qu'il ne s'agisse d'un simple terme de grâce accordé au débiteur par le juge en vertu de l'art. 1244. Le terme de grâce, en effet, n'est motivé que par l'impossibilité dans laquelle le débiteur se trouve d'acquitter sa dette; or, cette impossibilité n'existe plus, et le payement devient, au contraire, on ne peut plus facile, quand il doit s'accomplir sans que le débiteur ait rien à donner.

826. Ces diverses solutions sont sans difficulté. Mais que faut-il décider dans le cas d'une obligation annulable qui n'est pas encore annulée, ou d'une dette prescrite dont le débiteur n'a pas encore opposé la prescription?... On décide généralement (2) que la compensation n'aura pas lieu, et nous nous rangeons à cette opinion. Il est vrai qu'une dette ne s'éteint pas de plein droit par le seul fait de l'accomplissement de la prescription, et que la dette susceptible d'annulation reste valable tant que cette annulation n'est pas prononcée; mais comme on a toujours admis à Rome et dans notre ancien droit que la compensation n'a pas lieu pour les dettes contre lesquelles le débiteur peut opposer une exception péremptoire, et que rien ne donne lieu de penser que nos rédacteurs aient entendu changer cette ancienne règle, on doit croire que, par *dettes exigibles,* ces rédacteurs ont compris celles dont le payement peut être efficacement exigé. Il faut dire, au surplus, que la question a peu d'importance en fait, et que, quelque opinion qu'on adopte, le résultat définitif sera toujours le même. En effet, si le débiteur de l'obligation annulable n'en fait pas prononcer la nullité, cette obligation se trouvant ainsi définitivement valable, il faudra que ce dé-

---

(1) *Dict. not.* (v° Compensat., n°s 31 et 32).
(2) Merlin (*Rép.*, v° Compensat., § 2, n° 9); Dalloz (*Oblig.*, ch. 5, sect. 4, art. 1er); Zachariæ (II, p. 409).

biteur la paye s'il ne la compense pas; que s'il la fait annuler, cette obligation se trouverait n'avoir jamais existé, en sorte que la compensation que l'on prétendrait s'être accomplie se trouverait non avenue et n'empêcherait plus d'exiger le payement de l'autre dette.

Ainsi, qu'on admette ou qu'on rejette la compensation pour cette dette annulable, on arrivera toujours au même point, soit qu'il y ait ou non annulation. Il en sera de même pour la dette prescrite, soit que le débiteur oppose ou non la prescription.

827. Quoique la faillite d'un débiteur rende toutes ses dettes immédiatement exigibles (art. 444 C. comm.), elle ne les rend cependant pas compensables, puisqu'elle rend impossible tout payement des dettes non échues réellement : « Sont nuls et sans effet, dit l'art. 446..., tous payements, soit en espèces, soit par transport, vente, *compensation*, ou autrement, pour dettes non échues. » Ainsi, l'exigibilité résultant de la faillite ne saurait donner lieu à la compensation (1). Quant à celle qui résulterait de ce que le débiteur, jouissant d'abord d'un terme, s'en trouve déchu parce qu'il est tombé en déconfiture ou qu'il a diminué les sûretés qu'il avait données à son créancier (art. 1188), elle entraînerait compensation; mais il faut remarquer que cette exigibilité n'existe (et que par conséquent la compensation n'a lieu) que quand la déchéance du terme est prononcée par la justice : cette déchéance ne saurait avoir lieu de plein droit.

Nous verrons, sous l'art. 1298, une nouvelle conséquence de la règle que chacune des deux dettes doit être actuellement exigible.

1293. — La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas,

1° De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé;

2° De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage;

3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables.

SOMMAIRE.

I. Au moyen des conditions ci-dessus, la compensation a lieu en toutes circonstances, sauf pourtant quatre exceptions.

II. La première exception se présente pour l'obligation de restituer une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé.

III. La deuxième, pour l'obligation de restituer un dépôt irrégulier; mais elle ne saurait s'étendre au prêt à usage. Mauvaise rédaction de l'article; erreur de Toullier, de M. Duranton et de Delvincourt.

IV. La troisième est relative à toutes dettes de choses insaisissables : disposition trop étroite de l'article.

V. La quatrième a lieu quand une partie a renoncé d'avance à la compensation : erreur de Toullier.

---

(1) A partir du jour de la faillite, aucune compensation ne peut s'opérer entre les créanciers de la masse et le failli. Agen, 3 janv. 1860 (Dev., 60, II, 140); Cass., 14 mars 1854 (Dev., 54, I, 355; Dall., 54, I, 32); Cass., 9 juill. 1860 (Dev., 60, I, 696; Dall., 60, I, 308); *Dict. not.* (v° Compensation, n° 59).

I. — 828. On comprend, d'après ce que nous avons dit au n° II de l'article précédent, qu'il ne faudrait pas prendre au pied de la lettre la disposition du premier alinéa de notre article, d'après lequel la cause des deux obligations n'est pas à considérer pour savoir s'il y a lieu à compensation. On a vu qu'il n'y aurait pas de compensation possible entre deux dettes provenant d'un même contrat synallagmatique dans lequel chacune d'elles serait la cause de l'autre. Mais, hors ce cas particulier, la règle est complétement vraie, soit qu'on entende les mots *cause de l'obligation* dans le sens technique et comme exprimant le motif immédiat de cette obligation (voy. *suprà*, art. 1108 et 1131), soit qu'on les entende des motifs premiers et immédiats qui ont conduit le débiteur à s'obliger, soit enfin qu'on les applique aux diverses sources (contrats, quasi-contrats, délits, etc.) d'où vient l'obligation. Du moment que les quatre conditions précédemment indiquées se trouvent réunies, la compensation s'opère sans qu'il y ait à s'inquiéter d'aucune autre circonstance.

La loi, toutefois, apporte à ce principe trois exceptions auxquelles il faut en ajouter une quatrième, tellement évidente par elle-même qu'elle n'avait pas besoin d'être écrite dans la loi : La compensation légale ne s'accomplit pas, 1° pour l'obligation de restituer une chose dont le propriétaire a été dépouillé; 2° pour celle de restituer un dépôt; 3° pour une dette de choses insaisissables; 4° enfin, pour celle dont le débiteur aurait renoncé d'avance à la compensation.

II. — 829. 1° Quand l'une des obligations a pour objet la restitution d'une chose dont le propriétaire a été dépouillé injustement, *sine jure*, autrement que par l'autorité de la loi, le législateur, pour punir le spoliateur, exige que l'objet soit rendu en nature, par une remise effective de la chose même, et non par équivalent; sauf au restituant à se faire payer de l'objet semblable qui lui est dû. Ainsi, quand mon voisin est venu me voler deux sacs de blé dans mon grenier, et que quelques jours après je me trouve moi-même (soit par le legs que lui fait mon auteur, soit en succédant à son débiteur) lui devoir deux sacs de blé, il n'y aura pas pour cela compensation, et le voleur devra me rendre le blé qu'il m'a pris, sauf à recevoir ce même blé de mes mains pour l'acquit de sa propre créance : *spoliatus ante omnia restituendus*.

III. — 830. 2° Quand il s'agit de la restitution d'une chose donnée en dépôt, le dépositaire est également obligé d'en faire la remise effective, et la loi ne veut pas l'affranchir en compensant sa dette avec celle qu'il pourrait avoir à réclamer du déposant. — Il est évident, au surplus, comme le faisait remarquer Pothier (§ 1, alin. 11), que cette seconde exception ne peut pas se présenter pour le dépôt ordinaire, mais seulement pour un dépôt irrégulier dans lequel l'argent ou les autres choses déposées l'auraient été avec faculté pour le dépositaire de les confondre avec les siennes pour restituer plus tard, non pas les mêmes choses identiquement, mais d'autres choses semblables. Car s'il en était autrement, s'il s'agissait de restituer identiquement la chose déposée, la dette aurait alors pour objet un corps certain; par conséquent, la

compensation, qui n'a lieu que pour des dettes de choses fongibles, ne serait pas possible, et il ne pourrait pas être question d'excepter de la règle un cas qui n'y serait pas compris.

Cette observation suffit pour faire comprendre combien est vicieuse la disposition de notre article, quand elle déclare excepter du principe de la compensation la restitution *du prêt à usage*. Le prêt à usage ne peut jamais avoir pour objet qu'un corps certain et déterminé, puisque la chose prêtée doit y être rendue identiquement *in ipso individuo* (art. 1875 et 1877), et que du moment où l'emprunteur pourrait rendre une autre chose semblable, ce ne serait plus un prêt à usage, un commodat, mais bien un prêt de consommation, un *mutuum* (art. 1892 et 1893). Mais puisque l'objet du commodat est nécessairement un corps certain et individuellement déterminé, et qu'au contraire, la compensation n'est possible que pour des dettes de choses fongibles, il n'y a donc pas lieu ici au principe de la compensation, ni par conséquent à l'exception; les mots *et du prêt à usage,* mis ici par suite de la confusion que les rédacteurs ont faite entre les choses fongibles et les choses qui se consomment par l'usage, se trouvent donc exprimer un non-sens et doivent être effacés (*voy.* art. 536, n° II).

831. Toullier (VII, 363) et M. Duranton (XII, 448) prétendent expliquer cette partie de l'article. Ils disent que le commodat peut quelquefois avoir pour objet des choses fongibles, et par conséquent compensables; et ils en donnent pour exemple le cas d'un caissier qui, devant subir la vérification de sa caisse, emprunterait pour la garnir, et *ad ostentationem tantum,* des sacs d'argent qu'il devrait rendre identiquement. Dans ce cas, disent-ils, la chose prêtée à usage est compensable, puisque c'est de l'argent, et par conséquent l'exception finale du 2° de l'art. 1293 n'est pas inutile... L'erreur de cette prétendue explication se touche du doigt. Du moment que la chose, quelle qu'elle soit, doit être rendue identiquement et sans pouvoir être *remplacée* par une autre, elle n'est donc pas fongible, pas compensable; c'est évident, puisque la fongibilité des choses consiste précisément dans la possibilité de *remplacer* l'une par l'autre, et que la compensation est un payement qui s'effectue par l'abandon de la chose qui m'est due *en remplacement* de celle que je dois. — Delvincourt avait cherché à expliquer cette disposition en disant que le législateur avait sans doute entendu parler du cas où l'emprunteur ayant perdu ou détruit la chose aurait à en rendre la valeur en argent. C'est une erreur; car du moment qu'un emprunteur ou un dépositaire seraient débiteurs, non plus de la chose déposée ou prêtée, mais d'une simple somme d'argent, il est clair qu'il y aurait lieu à compensation et que notre article serait inapplicable. Il faut donc reconnaître que le cas de prêt à usage, dont Pothier en effet se gardait bien de parler, n'a rien à faire ici, et que les rédacteurs n'en ont parlé que par inadvertance et par suite de l'analogie qu'ils ont cru voir entre ce cas et celui de dépôt qu'ils trouvaient dans Pothier.

IV. — 832. 3° **La compensation étant un payement qui peut s'accom-**

plir à l'insu et contre le gré des débiteurs, elle n'est plus possible dès lors dans les cas où l'un de ces débiteurs ne pourrait pas être contraint à un payement effectif. Donc, lorsque la somme que vous me devez est de nature à ne pouvoir pas être saisie entre vos mains par mes créanciers, cette somme ne pourra pas non plus se compenser avec celle que je vous devrais; car la compensation produirait contre moi, à votre profit, le résultat d'une saisie sur une chose qui est insaisissable; elle amènerait ainsi le payement forcé sur une somme sur laquelle je ne puis pas être contraint. C'est ce qui a été dit expressément au Corps législatif à propos de notre article (Fenet, t. XIII, p. 283).

D'après ce principe, la troisième exception de notre article se trouve exprimée d'une manière trop étroite, et doublement trop étroite. D'abord, elle ne parle que d'aliments *déclarés* insaisissables; or, l'article 581, 4°, du Code de procédure est venu rendre insaisissables toutes les dispositions faites à titre d'aliments, alors même que le disposant n'en aurait pas déclaré l'insaisissabilité; en sorte que ces dispositions seront toujours insaisissables, sinon par la déclaration du disposant, au moins par la volonté de la loi. D'un autre côté, ce même art. 581 nous prouve qu'il y a d'autres dettes que celles des aliments qui peuvent être insaisissables; or, on vient de voir que c'est pour toutes dettes insaisissables que la compensation est impossible. Du reste, comme l'article 582 du Code de procédure indique quelques cas particuliers dans lesquels on peut saisir les choses insaisissables en principe, il est clair que, dans ces cas particuliers, la dette, en cessant d'être insaisissable, cesserait par là même d'être incompensable.

V. — 833. 4° La quatrième et dernière exception au principe de la compensation de plein droit a lieu quand les parties y ont renoncé à l'avance, soit expressément, soit implicitement.

Toullier (VII, 393), mettant la compensation sur la même ligne que la prescription, enseigne que si l'on peut renoncer au bénéfice d'une compensation déjà opérée, on ne peut pas également renoncer d'avance à une compensation future, puisque l'art. 2220 déclare nulle la renonciation faite à une prescription non accomplie. Cette décision n'est-elle pas évidemment inexacte?... Chacun étant libre, en principe et de droit commun, de renoncer, soit à l'avance, soit *à posteriori*, aux droits établis en sa faveur, les dispositions qui interdisent de renoncer soit à une prescription non accomplie, soit à une succession non ouverte, sont des exceptions fondées sur des motifs d'ordre public. La compensation n'est soumise à aucune exception de ce genre; et elle ne pouvait l'être en effet, puisqu'elle est exclusivement motivée par des raisons d'intérêt purement privé... Tel est le sentiment de M. Zachariæ (II, p. 413); et le seul arrêt (1) qui nous soit connu sur la question l'a ainsi jugée, dans un cas où la renonciation était purement tacite.

---

(1) Bordeaux, 7 mars 1831 (Dev., 1831, II, 250). Conf. *Dict. not.* (v° Compensation, n° 48).

1294. — La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal;

Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

SOMMAIRE.

I. Mauvaise rédaction de l'article. — La dette du créancier envers son débiteur principal opère compensation et libère dès lors la caution. La dette de ce créancier envers la caution n'opère compensation que quand la caution est devenue débitrice par la poursuite dirigée contre elle après discussion du débiteur principal.

II. En cas d'obligation solidaire, la loi ne considère comme vraiment débiteur du total que celui des obligés auquel le créancier demande son payement.

III. Mais la compensation aurait toujours lieu, au profit de tout débiteur solidaire, pour la part du codébiteur non poursuivi.

IV. La caution qui s'est obligée solidairement doit être traitée, quant à la compensation, non comme caution, mais comme codébiteur solidaire. Erreur de Toullier et de M. Duranton.

I. — 834. Cet article est tout simplement l'application de la règle que la compensation n'est possible que pour les obligations de personnes qui sont vraiment débitrices l'une de l'autre; mais cette application a besoin de développements pour être bien comprise.

Dans le cas d'une dette garantie par une caution, le principal obligé est le seul contre lequel il y ait immédiatement une dette certaine; quant à la caution, son obligation se trouve être conditionnelle, car elle n'est tenue de la dette que si le débiteur principal est inutilement poursuivi et ne paye pas.

Lors donc que le créancier, qui se trouve être en même temps débiteur du principal obligé, s'en vient poursuivre la caution, il est bien évident que celle-ci peut lui dire : « Votre créance s'est éteinte de plein droit par la compensation de ce que vous deviez vous-même à votre débiteur; donc, celui-ci a cessé d'être votre débiteur, et j'ai cessé d'être caution... » Notre article, quand il dit que la caution peut *opposer la compensation* de ce qui est dû au débiteur, ne signifie donc pas que cette caution peut faire opérer la compensation; il signifie que cette caution peut invoquer et faire constater la compensation opérée de plein droit. — Quand, au contraire, c'est le principal obligé que le créancier vient poursuivre, et que ce créancier se trouve être débiteur de la caution, il est clair que cet obligé principal ne peut pas parler de compensation opérée entre son créancier et sa caution, puisque ce n'est pas sa caution, mais lui seul, qui est le débiteur de ce créancier. C'est là ce que signifie notre deuxième alinéa, qui a eu tort, comme le premier, de se servir des termes *opposer la compensation*. — Au lieu de dire que la compensation pourrait être opposée dans un cas et ne le pourrait pas dans l'autre, il fallait dire que la compensation *a lieu* dans un cas et qu'*elle n'a pas lieu* dans l'autre.

835. Que si, dans le cas de dette du créancier envers la caution, ce créancier, après avoir inutilement poursuivi l'obligé principal, vient poursuivre la caution, celle-ci pourra lui dire encore qu'il y a compensation ; car le débiteur principal ne payant pas, la condition sous laquelle la caution devait être débitrice envers le créancier s'est accomplie, et, par conséquent, les deux dettes réciproques de ce créancier et de cette caution se sont compensées. Et alors, quand la dette s'est ainsi éteinte par compensation, par l'effet de la poursuite dirigée contre la caution, il est bien clair que le débiteur principal se trouve lui-même libéré envers le créancier, et que celui-ci, qui se trouve payé par la compensation qu'il a rencontrée chez la caution, ne pourrait pas se remettre à agir contre ce débiteur ; ce créancier étant alors payé, il n'y a plus d'autre action possible que celle de la caution contre le débiteur dont elle a acquitté la dette. Donc, lorsque le deuxième alinéa de notre article déclare que le débiteur ne peut pas opposer la compensation (c'est-à-dire ne peut pas prétendre qu'une compensation s'est opérée) à raison de ce que le créancier devait à la caution, il n'entend parler que du cas où le débiteur principal est poursuivi avant que la caution l'ait été, et non pas du cas où, après une poursuite inefficace contre ce débiteur, la caution, poursuivie à son tour, serait ainsi devenue elle-même débitrice, et aurait ainsi procuré une compensation au mépris de laquelle le créancier voudrait exercer des poursuites nouvelles contre le débiteur, désormais libéré envers lui.

En deux mots, la dette du créancier envers le débiteur principal donne lieu nécessairement et toujours à la compensation ; au contraire, sa dette envers la caution ne produit la compensation que quand cette caution est vraiment devenue la débitrice, et s'est trouvée obligée de payer par l'inefficacité des poursuites dirigées contre le principal obligé. Mais du moment que la compensation s'est opérée, peu importe comment, il est bien clair qu'elle peut être invoquée par tous ceux qui étaient d'abord obligés à la dette, puisque, cette dette étant éteinte, tous sont libérés.

836. Remarquons que si le créancier, débiteur de la caution, poursuivait celle-ci de prime abord et sans avoir agi contre le principal obligé, comme alors la caution n'est pas tenue de payer et peut renvoyer le créancier à discuter les biens du débiteur (art. 2021), et que, par conséquent, la condition sous laquelle elle devait se trouver débitrice n'est pas accomplie, la compensation *légale* ne serait pas possible ; et si la caution, au lieu de renvoyer le créancier discuter le débiteur, lui opposait la compensation de ce qu'il lui doit à elle-même, ce serait alors un cas de compensation *facultative,* s'opérant, non de plein droit, mais par le seul effet de la réclamation de la caution, et pour laquelle ces termes abusivement employés par notre article, *opposer la compensation,* se trouveraient exacts.

De même, dans le cas de plusieurs cautions dont l'une se trouve créancière du créancier, si celle-ci, étant poursuivie pour le tout, veut bien, au lieu d'invoquer le bénéfice de division (art. 2026), répondre à

cette poursuite pour opposer la compensation, ce sera encore là une compensation facultative.

Du reste, la compensation facultative produisant les mêmes effets que la compensation légale, il est clair que celle qui serait ainsi opposée par la caution ou l'une des cautions libérerait tous les obligés.

II. — 837. Le dernier alinéa de notre article, qui n'existait pas dans le projet et n'a été ajouté que sur la demande du Tribunat (Fenet, XIII, p. 162), paraît peu conforme aux principes. Il déclare, toujours dans les termes impropres que nous avons déjà relevés, que dans le cas d'obligation solidaire, la circonstance que le créancier se trouve être débiteur envers l'un des coobligés ne suffit pas pour que la compensation s'accomplisse. Sans doute, si le créancier exerce sa poursuite précisément contre celui des débiteurs solidaires qui se trouve être son créancier, il y aura alors compensation, et tous les codébiteurs seront dès lors libérés; mais s'il s'adresse à quelque autre des débiteurs solidaires, il n'y aura pas compensation. Ainsi, la compensation, dans ce cas, ne résulte pas immédiatement de ce que l'un des codébiteurs solidaires est créancier du créancier, mais seulement de la poursuite dirigée contre ce codébiteur créancier.

838. Nous disons que cette règle paraît peu conforme aux principes. En effet, le principe fondamental en cette matière, c'est que la compensation s'opère de plein droit toutes les fois que les deux dettes étant fongibles entre elles, liquides et actuellement exigibles, le créancier de l'une est vraiment le débiteur de l'autre. Or, dans l'obligation solidaire, la qualité du débiteur principal existe chez chacun des coobligés; et, par conséquent, il semble que la compensation aurait dû s'accomplir par cela seul que l'un de ces coobligés, n'importe lequel, avait le créancier pour débiteur. La loi cependant en dispose autrement; et, reproduisant ici la règle que Pothier présentait et avait cru trouver dans le droit romain (n° 274), elle déclare que cette circonstance ne suffira pas pour que la compensation se réalise. Voici, au surplus, comment on peut (sans aller se jeter dans les textes romains, qui ne sont guère propres à éclairer la question) présenter la théorie du Code sur ce point... Il est bien vrai que dans l'obligation solidaire chaque obligé est débiteur personnel et principal pour le total de la dette; mais c'est seulement en ce sens que le total pourra être demandé par le créancier à celui des débiteurs qu'il voudra choisir. Ce total, en définitive, ne doit pas être payé *par chacun* des débiteurs, mais *par un seul* d'entre eux, et c'est au créancier qu'il appartient de désigner celui par qui il voudra faire le payement. Ainsi, au lieu de définir la dette solidaire celle dans laquelle le total est dû *par chacun* des divers obligés, on pourrait la définir plus exactement celle dans laquelle le total est dû par *celui* des obligés *auquel il plaira au créancier de le demander*. Ceci posé, tant que le créancier ne s'adresse à aucun des coobligés, on ignore lequel d'entre eux sera définitivement débiteur envers ce créancier, et, par conséquent, la compensation légale n'était pas possible entre la dette solidaire et ce qui est dû à l'un des obligés. Une fois que le créancier a formé sa de-

mande et désigné par là l'obligé qu'il entend prendre pour débiteur du total (au moins quant à présent, et sauf changement ultérieur d'après l'art. 1204), alors, de deux choses l'une : ou bien l'obligé qui se trouve ainsi désigné est précisément celui envers qui le créancier est débiteur, et il est clair que, dans ce cas, la compensation s'accomplit; ou bien c'est un autre, et alors la compensation n'a pas lieu, comme le déclare notre article, parce que ce n'est pas celui à qui doit le créancier qui se trouve être envers lui débiteur personnel de la dette solidaire.

Peut-être aurait-il mieux valu repousser cette théorie subtile et admettre qu'il y a compensation dès là que l'un des codébiteurs solidaires est créancier du créancier; mais la loi est formelle : *statuit lex.*

III. — 839. De ce que la loi n'admet pas la compensation au profit d'un débiteur solidaire poursuivi par le créancier, en vertu de ce qui est dû à son codébiteur par ce créancier, faut-il en conclure que la compensation, dans ce cas, n'a pas même lieu pour la part et portion du codébiteur créancier dans la dette; ou bien faut-il dire que la disposition de notre article n'a entendu rejeter que la compensation du total de la dette? Ainsi, quand Pierre, Paul et Philippe doivent solidairement 9000 francs à Titius, qui lui-même doit une même somme à Pierre, et que Titius vient poursuivre Paul, celui-ci pourra-t-il dire que la compensation, déclarée impossible pour la totalité de la dette, a du moins eu lieu pour le tiers que Pierre doit supporter en tout événement, en sorte que la dette n'est plus que de 6000 francs?

La raison de douter (et cette raison a empêché M. Zachariæ [II, p. 268] de répondre affirmativement), c'est que le principe sur lequel repose notre troisième alinéa s'applique aussi bien à la compensation de la portion du codébiteur créancier qu'à la compensation du total, et semble devoir faire rejeter l'une comme l'autre : la loi n'ayant regardé comme proprement et directement débiteur envers le créancier que celui des obligés qui est actionné par ce créancier, il doit en résulter, dans notre espèce, que Paul est seul débiteur envers Titius; que Pierre, qui est certainement et en toute hypothèse débiteur de son tiers dans la dette, ne l'est que par rapport à ses codébiteurs, et non vis-à-vis du créancier qui n'a pas voulu s'adresser à lui; que c'est Paul, seul poursuivi, qui se trouve seul tenu du total envers Titius, et que, dès lors, la compensation du chef d'un autre est impossible totalement et pour quelque portion que ce soit... Mais quoique le principe pût en effet embrasser cette compensation partielle, nous croyons que la loi n'a pas entendu l'étendre jusqu'à elle; que la conséquence que le texte tire de ce principe, sans poser le principe lui-même, ne suffit pas pour en induire une autre conséquence plus éloignée, plus rigoureuse, et qui rencontre dans les faits un obstacle qui n'existe pas pour la première. En effet, Paul, dans notre espèce, étant obligé de payer le total, même les 3000 francs formant la part de Pierre, il pourrait, au moment qu'il vient de les payer et qu'il est ainsi devenu créancier de ces 3000 francs contre son codébiteur, former entre les mains de Titius, débiteur de

celui-ci, une saisie-arrêt pour cette même somme, en sorte que Titius ne la recevrait que pour la lui remettre ensuite. Aussi Pothier lui-même, tout en critiquant d'abord la doctrine de Domat, qui admettait cette compensation pour la part du codébiteur créancier, finissait par reconnaître (*loc. cit.*) que c'était cette doctrine qu'il fallait suivre!... C'est qu'en effet, toute règle contraire n'aurait abouti qu'à un circuit inutile d'actions, et cela par la force même des choses et par la conséquence fatale de ce fait, qu'avant d'être débiteur *solidaire*, chacun des coobligés est *débiteur;* avant de devoir le total, par l'effet de la demande du créancier, il doit déjà sa part, il la doit nécessairement; et la compensation de cette part doit dès lors s'accomplir *ab initio* et avant toute demande du créancier. Il nous paraît donc bien impossible d'admettre, dans le *silence* des rédacteurs, une règle qui viendrait en définitive se briser devant les faits et que Pothier lui-même, tout en essayant de la combattre en théorie, se trouvait forcé d'admettre dans la pratique. Notre décision, au surplus, est généralement adoptée (1).

IV. — 840. Si les divers coobligés, quoique débiteur principal et cautions, se sont obligés tous solidairement, sont-ce les règles posées pour le cas de cautionnement, ou les règles fort différentes relatives à la solidarité, qu'il faudra leur appliquer ici?...

Toullier (VII, 376, note) et M. Duranton (XII, 423) enseignent que l'obligé, dans ce cas, doit toujours être traité comme débiteur principal ou comme caution, non pas comme codébiteur solidaire; et un arrêt de Toulouse du 14 août 1818 semble consacrer leur doctrine.

Cette doctrine nous paraît erronée. Les obligés, dans ce cas, ne sont débiteur principal et cautions que dans leurs rapports *entre eux* et non pas vis-à-vis du créancier, pour lequel il n'y a alors que des codébiteurs solidaires; l'art. 1216 déclare que « si la dette solidaire ne concerne que l'un des coobligés, celui-ci est tenu de toute la dette *vis-à-vis des codébiteurs,* qui ne seront considérés, *par rapport à lui*, que comme ses cautions »; l'art. 2021 dit à son tour que quand la caution s'est obligée solidairement, « l'effet de son engagement se règle *par les principes établis pour les dettes solidaires.* » Qu'on ne dise donc pas, comme Toullier et M. Duranton, que la caution ne cesse pas d'être caution pour s'être obligée solidairement. Non, elle ne cesse pas de l'être *par rapport au coobligé ;* mais elle cesse de l'être, pour devenir codébiteur solidaire, *par rapport au créancier*. Les textes le disent positivement; et ce serait *évident* quand les textes ne le diraient pas, puisque cette caution vient prendre *un engagement solidaire* vis-à-vis de ce créancier. Or, ce n'est pas entre les coobligés qu'il est question de compensation; c'est du débiteur au créancier.

1295. — Le débiteur qui a accepté purement et simplement la

(1) Toullier (VI, 733); Delvincourt (II, notes); Duranton (XII, 130); Rejet, 24 déc. 1834 (Dev., 35, I, 141).

cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.

841. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que le transport-cession d'une créance n'est parfait que quand il est accepté par le débiteur dans un acte authentique ou signifié à ce débiteur (art. 1690). Du reste, que ce soit par acceptation même du débiteur ou seulement par la notification qui lui en est faite que le transport ait eu lieu, il est clair qu'il aura toujours pour effet d'empêcher pour l'avenir toute compensation entre la créance cédée et celles que le débiteur pourrait acquérir contre le cédant : c'est évident, puisque celui-ci a perdu par la cession la qualité de créancier, qui appartient désormais au cessionnaire. C'est uniquement avec les créances qu'il aurait contre ce cessionnaire que la créance cédée pourrait désormais se compenser.

Quant aux créances que le débiteur avait sur son créancier dès avant le transport que celui-ci a fait de la sienne, et qui réunissaient, on le suppose, toutes les conditions voulues pour la compensation légale, il n'est pas moins clair que cette compensation s'est accomplie de plein droit; que, dès lors, la créance cédée n'existait plus au moment qu'on la cédait; et que le cessionnaire, par conséquent, n'a acquis, en principe, aucun droit contre un individu qui avait été débiteur, mais qui ne l'était plus. Toutefois, ce principe ne s'applique pas toujours, et c'est ici que commence l'explication de notre article.

842. Si c'est seulement par une signification au débiteur que le transport s'est fait, le principe conserve toute sa force; et le transport empêche seulement toute compensation ultérieure, sans modifier l'effet de celle qui s'est antérieurement accomplie. C'est ce que déclare notre deuxième alinéa. — Il en serait de même encore si le débiteur, tout en venant accepter le transport, ne l'avait fait qu'avec protestation ou réserve, en déclarant qu'il prétend éteinte ou qu'il considère comme pouvant être éteinte la créance que l'on cède.

Mais s'il accepte le transport sans aucune observation de ce genre, purement et simplement, la loi le regarde comme renonçant par là au bénéfice de la compensation qui s'est opérée, et permet dès lors au cessionnaire d'agir contre lui comme si cette compensation n'avait pas eu lieu. Et ce droit du cessionnaire nous semble devoir être admis dans le cas même où le débiteur n'aurait pas reconnu la créance qu'il avait contre le cédant; car il lui était toujours facile de faire des réserves à tout événement; et le Tribunat, en proposant notre disposition (qui n'existait pas dans le projet), a déclaré d'une manière absolue que, par le fait même de son acceptation, le débiteur était censé renoncer à toute

espèce de compensation de ce que le cédant pouvait lui devoir (Fenet, t. XIII, p. 163). Tel est aussi le sentiment général (1).

843. Mais, bien entendu, le cessionnaire n'aurait action que contre le débiteur personnellement, sans pouvoir exercer les cautionnements, priviléges ou hypothèques qui garantissaient la créance cédée. Car si le débiteur a bien pu renoncer à sa propre libération, il n'a pas pu renoncer au bénéfice acquis, par l'extinction de la dette, à ses cautions, à ses créanciers, etc. : la créance qu'obtient alors le cessionnaire est une créance égale à l'ancienne, mais ce n'est pas l'ancienne créance elle-même (puisqu'elle est éteinte); or, si le débiteur a pu s'obliger, il n'a pas pu obliger les tiers. C'est, comme on l'a vu plus haut, ce que décident, pour un cas analogue, les art. 1262 et 1263.

1296. — Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise.

844. Quand je vous dois 5000 francs payables à Bordeaux et que vous me devez une pareille somme payable à Paris, la compensation de nos deux dettes s'opère de plein droit, aussi bien que si elles étaient toutes deux payables au même lieu; mais pour que toutes choses soient parfaitement égales, et que le double payement qui s'opère alors fictivement produise exactement les effets qu'auraient les deux payements réels, la loi permet à celle des parties qui procure à l'autre un avantage plus grand que celui qui lui est procuré à elle-même, de réclamer à celle-ci la différence. Si donc le cours du change de Paris sur Bordeaux est de 2 pour 100 et que celui de Bordeaux sur Paris soit de 1 pour 100, c'est vous qui aurez à me compter 50 francs. En effet, pour faire revenir de Bordeaux à Paris les 5000 francs que je vous aurais fait remettre dans la première ville (s'il y avait eu payement effectif), vous auriez eu à payer 2 pour 100, c'est-à-dire 100 francs, tandis que moi, pour faire retourner à Bordeaux la somme que vous m'auriez comptée à Paris, je n'aurais payé que 1 pour 100, c'est-à-dire 50 francs. La compensation nous a donc fait éviter à moi une dépense de 50 francs, à vous une dépense de 100 francs; c'est donc 50 francs que vous aurez à me remettre pour que les choses soient dans le même état que s'il y avait eu de part et d'autre un payement réel.

Mais ce petit calcul à faire après la compensation n'empêche pas celle-ci de s'opérer de plein droit; et Delvincourt et Toullier (n° 400) sont tombés dans l'erreur quand ils ont enseigné que la compensation n'était alors que facultative et n'avait lieu que du moment où elle était *opposée* avec offre de l'escompte nécessaire. La loi, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, ne s'occupe nulle part de la compensation facultative. Sans doute, la doctrine (et elle a raison) distingue la compen-

---

(1) Delvincourt (t. II); Duranton (XIII, n° 436); Zachariæ (II, p. 419).

sation légale et la compensation facultative; mais le *texte* du Code ne s'est occupé que de la première; rien dans notre section ne fait allusion à deux classes de compensation : elle ne parle que d'une seule, et cette compensation *s'opère de plein droit, par la seule force de la loi et à l'insu des débiteurs* (art. 1290)... Les mots *opposer la compensation* signifient donc, dans notre article comme dans tous ceux où ils sont employés, *invoquer* la compensation opérée de plein droit, *s'en prévaloir*. Nous en trouverons des preuves dans l'article suivant, et surtout dans l'art. 1299.

1297. — Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'article 1256.

845. La compensation constituant un payement pour chacune des parties, les règles sur l'imputation des payements lui sont donc applicables. Et comme la compensation légale, la seule, encore une fois, dont parle notre section, s'opère de plein droit et sans aucune expression de la volonté des parties, il s'ensuit qu'il n'y a pas possibilité de recourir ici aux règles tracées par les art. 1253-1255 pour l'imputation expressément faite par le débiteur ou par le créancier, et qu'on appliquera toujours et forcément celles que pose l'art. 1256, pour le cas où rien n'a été dit à cet égard dans la quittance. C'est pour cela qu'on ne vous renvoie ici qu'à cet art. 1256; et ce renvoi prouverait assez à lui seul qu'il ne s'agit dans notre section, et notamment dans l'article précédent, que de la compensation légale.

1298. — La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

846. Toujours parce que la compensation constitue un payement que la loi accomplit elle-même pour les deux débiteurs, elle est impossible dans les différents cas où le payement ordinaire ne pourrait pas avoir lieu. Ainsi, de même que le payement n'est plus permis au débiteur entre les mains duquel on a formé une saisie-arrêt (art. 1242), de même cette saisie-arrêt empêcherait la dette de se compenser avec la créance que ce débiteur pourrait acquérir postérieurement. Ainsi encore, puisque l'acheteur d'un immeuble hypothéqué ne peut pas payer son prix au vendeur et doit le conserver pour les créanciers hypothécaires, il ne pourrait pas non plus prétendre que ce prix par lui dû s'est compensé avec les créances qu'il pouvait avoir contre ce vendeur. — Cette règle, au surplus, n'est que l'application de cette autre plus générale, que la compensation n'a lieu que pour deux dettes dont chacune est actuellement *exigible,* c'est-à-dire dans des conditions telles que le créancier puisse immédiatement contraindre le débiteur au paye-

ment : le créancier ne peut pas contraindre au payement le débiteur entre les mains duquel existe une saisie-arrêt, ou le débiteur du prix de vente d'un immeuble hypothéqué (1).

1299. — Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.

SOMMAIRE.

I. Preuve d'une erreur de Toullier relevée plus haut. — Développement du principe consacré par l'article et de l'exception qu'il y apporte.

II. La règle et l'exception s'appliqueraient également à celui qui, au lieu de payer la dette compensée, en aurait accepté la cession.

I. — 847. Le texte de cet article suffirait au besoin pour prouver que, par les expressions *opposer la compensation,* dont il se sert si souvent, le Code a entendu *invoquer, faire valoir* la compensation *légalement accomplie :* on le voit clairement ici, puisque l'article parle d'un débiteur qui n'a point *opposé la compensation* pour une dette *qui était éteinte de plein droit.* Cet article réfuterait donc à lui seul la doctrine contraire de Toullier et de Delvincourt sur l'art. 1296.

Ce débiteur qui, au lieu de se prévaloir de la compensation accomplie, paye sa dette éteinte comme si elle existait encore, se trouve ainsi avoir payé une chose indue, et il peut dès lors répéter, aux termes de l'art. 1235. Il le peut alors même qu'il aurait payé sachant bien qu'il ne devait pas et sans aucune erreur, ainsi que nous l'avons prouvé déjà sous l'art. 1235 (n° III, 3ᵉ alin.), où nous avons fait remarquer que l'art. 1377 (qui n'accorde la répétition qu'à celui qui a payé par erreur) ne parle que de celui qui a payé une dette véritablement existante, mais qui n'était pas la sienne, tandis que l'art. 1376 (qui parle du cas où la dette payée n'existait pas, comme dans notre espèce) accorde la répétition absolument et sans aucune condition d'erreur du payant.

848. Quand le débiteur, qui a ainsi payé à son ex-créancier une dette éteinte par la compensation de la créance qu'il avait contre lui, vient agir ensuite contre celui-ci, ce n'est pas cette créance qu'il exerce,

---

(1) En matière de vente publique de meubles, le prix dû par l'adjudicataire ne se compense pas avec la créance qu'il aurait contre le propriétaire des meubles vendus, l'officier public qui a procédé à la vente étant responsable du prix (alors, du moins, qu'il y a des oppositions), créancier des acquéreurs et débiteur du propriétaire ou de ses créanciers. Cass., 6 nov. 1860 (Dev., 61, I, 15; Dall., 61, I, 87).

Le locataire ou fermier d'immeubles qui viennent à être frappés de saisie ne peut, à partir de la transcription de cette saisie, se libérer valablement des loyers ou fermages par voie de compensation avec des sommes qui lui seraient dues par le saisi, comme il le pourrait par un payement effectif, encore bien qu'aucune opposition ne lui ait été notifiée de la part du saisissant ou de tout autre créancier. Colmar, 11 déc. 1861; Cass., 27 janv. 1864 (Dev., 62, II, 158; 64, II, 358).

comme on pourrait le croire d'après les termes inexacts de notre article; c'est, comme on vient de le voir et comme l'a bien reconnu l'orateur du gouvernement dans l'Exposé des motifs, une créance nouvelle résultant du payement fait indûment. Il est clair, en effet, que l'ancienne créance de ce débiteur s'est éteinte comme et avec sa dette, puisqu'il y a eu compensation de l'une par l'autre. Il est tout simple, dès lors, que les privilèges, les hypothèques, les cautionnements, ou toutes autres garanties qui protégeaient la créance et qui se sont éteintes avec elle, ne puissent plus être invoqués... Toutefois, la loi fait revivre ces garanties au profit de la nouvelle créance, et permet de s'en prévaloir comme si la créance primitive subsistait toujours, lorsque celui qui a payé sans invoquer la compensation ne l'a fait que par une ignorance excusable de l'existence de la créance qui lui appartenait; par exemple, quand cette créance résultait d'un testament qui n'a été découvert que postérieurement au payement fait. Bien entendu, c'est à lui de prouver cette ignorance et la légitimité de cette ignorance, qui ne seront que des points de fait à apprécier par les magistrats. — En expliquant notre article devant le Corps législatif, M. Bigot-Préameneu a formellement déclaré que si le débiteur créancier ne peut plus se prévaloir ici des priviléges ou hypothèques, c'est parce que « la compensation *s'opérant de plein droit et éteignant l'obligation,* LES ACCESSOIRES de cette obligation sont aussi anéantis. » (Fenet, t. XIII, p. 285.) Cette proclamation du principe suffit bien pour établir que ce qui est dit dans l'article des priviléges et hypothèques s'étend à tous autres accessoires quels qu'ils soient, et notamment au cautionnement.

II. — 849. La règle et l'exception indiquées par notre article pour le débiteur créancier qui a *payé* la dette éteinte par compensation de sa créance s'appliqueraient également à celui qui, au lieu de payer cette dette, en aurait accepté la cession purement et simplement.

Ainsi, quand je dois 1 000 francs à Pierre qui me doit lui-même une pareille somme, et que j'accepte cependant sans observation la cession qu'il fait à Paul de sa créance sur moi, il est clair qu'en me soumettant ainsi à payer au cessionnaire de Pierre les 1 000 francs que je ne devais plus à celui-ci, je replace ce dernier dans la nécessité de me payer à son tour les 1 000 francs dont il était libéré envers moi comme je l'étais envers lui : si, en acceptant la cession que Pierre fait d'une créance éteinte, je m'oblige par là même à payer une somme égale à son cessionnaire (art. 1295), il est bien clair que Pierre, en faisant et me proposant d'accepter cette cession d'une créance éteinte, s'oblige aussi à me payer une somme égale à la dette qu'il avait envers moi, et qui ne s'était éteinte que par compensation de la créance qu'il cède aujourd'hui. Toutefois, comme les 1 000 francs qu'il me doit par là constituent bien une créance égale à l'ancienne, mais non cette ancienne créance elle-même, il s'ensuit que je n'aurais plus les garanties qui protégeaient cette ancienne créance : ce sera l'application de la règle posée par notre article.

850. Mais il est évident qu'il faut apporter à la règle, pour ce cas

parfaitement analogue, l'exception que l'article indique. Si j'avais une juste cause d'ignorer ma créance et la compensation qu'elle a produite; si, par exemple, ma créance (hypothéquée, cautionnée, etc.) me provenait de la succession d'un parent demeurant fort loin et dont je n'avais pas encore pu connaître la mort au moment que j'ai accepté la cession faite à Paul, il est clair que cette acceptation de la cession ne devra pas plus me priver du droit d'exercer les garanties attachées à ma créance que ne le ferait le payement que j'aurais pu faire : l'exception de faveur que notre article attribue à l'erreur raisonnable pour le cas de payement existera nécessairement aussi pour le cas d'acceptation de cession, et l'on peut même dire que c'est par *à fortiori* qu'il en doit être ainsi. En effet, rien n'est plus énergique, pour la renonciation à la compensation qu'on pourrait invoquer contre une dette, que le payement même de cette dette; au contraire, quand un débiteur accepte la cession que fait son créancier, son acceptation, même pure et simple, pourrait encore s'entendre ainsi : « Je consens, ni plus ni moins, à être vis-à-vis du cessionnaire *dans la position où j'étais* vis-à-vis du cédant, et par conséquent je ne renonce à aucun des droits que je puis avoir contre celui-ci... » Donc si, à cause de la disposition, trop sévère peut-être, de l'art. 1295, cette acceptation produit ici contre le débiteur autant d'effet que le payement lui-même, il est bien clair qu'elle ne peut pas en produire plus.

2. *De la compensation facultative.*

851. La compensation facultative est celle qui, ne pouvant pas s'opérer de plein droit, vu l'absence de quelqu'une des quatre conditions voulues, ne s'accomplit que par la demande de l'un des débiteurs, parce qu'il se trouve être au pouvoir de celui-ci de réaliser, et qu'il réalise en effet, celle des conditions qui manquait d'abord.

Ainsi, 1° quand je vous dois 1 000 francs purement et simplement et que vous me devez une pareille somme, mais avec un terme stipulé en ma faveur, nos deux dettes ne peuvent pas se compenser de plein droit, puisque l'une d'elles n'est pas *exigible*, et que vous ne pourriez pas me contraindre à recevoir le payement; mais si, sur la demande de payement que vous m'adressez, je déclare renoncer au bénéfice de mon terme, il est clair qu'il n'y aura plus d'obstacle à la compensation. 2° Si vous me devez tel cheval déterminé et que je vous doive un cheval en général, la compensation légale n'est pas possible, puisque les objets des deux dettes ne sont pas exactement *fongibles*, et que je ne puis pas être contraint à garder le cheval quelconque que je vous dois en place du cheval déterminé que vous me devez; mais si, sur la poursuite que vous dirigez contre moi, je déclare que c'est précisément le cheval que vous me devez que j'entends vous livrer, les deux dettes se trouveront immédiatement compensées : ce sera comme si j'avais reçu réellement le cheval par vous dû et que je vous l'eusse livré ensuite. 3° Quand, étant votre créancier de 2 000 francs, j'ai cautionné la dette d'égale

somme de Pierre envers vous, et que vous venez me poursuivre avant même d'avoir actionné le débiteur principal, il n'y a pas lieu à la compensation légale, puisque nous ne sommes pas jusqu'à présent *débiteurs l'un de l'autre* (art. 1294, n° I); mais si, au lieu de repousser votre action, je consens à y répondre en déclarant que j'entends vous payer par l'abandon de ce que vous me devez vous-même, il est clair que les deux dettes se compenseront. 4° Si, enfin, alors que je vous dois une somme de 10 000 francs, vous m'en devez une dont la quantité dépend d'une estimation facile à faire ou d'un compte qui peut se régler très-promptement, on ne saurait parler de compensation de plein droit, puisque l'une des dettes n'est pas *liquide;* mais si, sur votre poursuite, je demande au tribunal un court délai pour qu'il soit immédiatement procédé à la liquidation de ma créance et que je puisse me libérer par compensation, ce délai devra m'être accordé, et la compensation aura lieu ensuite jusqu'à concurrence de la plus faible des deux dettes (si elles ne sont pas égales). « Lorsque la contestation, a-t-on dit au conseil d'État, se présentera dans les circonstances proposées (pour des créances faciles à liquider), le juge déférant à l'équité accordera un délai pour le payement, et donnera ainsi au débiteur le temps de faire liquider sa créance et d'accomplir la compensation. » (Fenet, t. XIII, p. 89.) (1)

852. La demande de compensation, comme elle est élevée en justice par un défendeur *pour repousser ou atténuer les conclusions du demandeur,* reçoit quelquefois le nom de *demande reconventionnelle* ou de *reconvention.*

SECTION V.

DE LA CONFUSION.

853. La confusion, considérée comme cause d'extinction de l'obligation, est la réunion, sur une même personne, de deux qualités qui se trouvent incompatibles entre elles et dont le concours rend l'obligation impossible. Ces deux qualités, dont le concours éteint l'obligation, sont ordinairement celles du créancier et du débiteur. Mais nous verrons plus bas qu'il n'en est pas toujours ainsi; et c'est à tort, par conséquent, que l'art. 1300, et comme lui M. Duranton (XII, n° 467) et M. Zachariæ (II, p. 419), définissent la confusion, l'extinction de l'obligation par le concours des qualités *de débiteur et de créancier :* cette définition se trouve trop étroite.

1300. — Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances.

854. Cette prétendue définition de la confusion est on ne peut plus

(1) *Voy.* Cass., 4 août 1851 (Dev., 51, I, 809; Dall., 54, I, 335); *Dict. not.* (v° Compensation, n°s 69 et suiv.).

fausse et conviendrait bien plutôt à la compensation. La confusion n'éteint pas deux créances, mais bien une seule créance, une créance et une dette, par suite de la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une seule et même obligation.

Cette idée fausse de notre article a quelquefois été reproduite par la jurisprudence, notamment par un arrêt de la Cour de cassation. Il s'agissait d'une vente qui avait été annulée; et le vendeur, débiteur de la portion de prix qu'il avait reçue, se trouvant réciproquement créancier de la valeur de ceux des objets vendus que l'acheteur avait détruits, s'était pourvu en cassation contre l'arrêt (de Rouen) qui avait refusé de compenser les deux dettes. La Cour, « attendu que, le vendeur se trouvant débiteur du prix et créancier de la valeur des effets enlevés, il s'opérait *confusion en sa personne,* jusqu'à concurrence », cassa l'arrêt de Rouen pour violation de notre art. 1300 (1). Or, on voit que c'était là un cas non de confusion, mais de compensation facultative, et que c'était comme violant les règles de la compensation que l'arrêt devait être cassé...

Notre article devait donc dire, et a sans doute voulu dire : une confusion qui éteint (dans une seule et même obligation) *les deux droits,* actif et passif.

Ainsi modifiée, la proposition de notre article serait exacte (car il est incontestable que, quand les qualités de créancier et de débiteur viennent concourir, il y a extinction de l'obligation par confusion); mais tout exacte qu'elle serait en soi, la proposition ne serait pas encore une bonne définition de la confusion. Car, ainsi que nous venons de le dire, et comme on va le voir sous l'article suivant, il peut y avoir extinction d'obligation par confusion, quoique les deux qualités dont le concours opère cet effet ne soient pas celles de débiteur et de créancier.

1301. — La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions;

Celle qui s'opère dans la personne de la caution, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale;

Celle qui s'opère dans la personne du créancier, ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur.

SOMMAIRE.

I. Mauvaise rédaction de l'article : il n'y a point à considérer la personne en qui se fait la confusion.
II. La confusion n'éteint que les droits qu'elle rend absolument impossibles. Applications du principe.
III. La définition que l'on donne ordinairement de la confusion est trop étroite.
IV. Révocation de la confusion : cette révocation n'a pas toujours effet contre les tiers.

I. — 855. Les trois règles que pose cet article, et dont la dernière a

(1) Cass., 13 mai 1833 (Dev., 33, I, 668).

été formulée déjà par l'art. 1209 et expliquée en son lieu, sont exprimées d'une manière trop étroite. Il importe peu, en effet, en la personne de qui se fait la confusion; tout ce qu'il importe de savoir, c'est quelles sont les deux qualités dont la confusion s'opère... La confusion des deux qualités incompatibles, par exemple celles de créancier et de débiteur, peut s'opérer ou en la personne du créancier, qui (comme héritier, comme légataire ou autrement) vient succéder au débiteur; ou en la personne du débiteur, qui succède au créancier; ou, enfin, en la personne d'un tiers, qui succède en même temps au créancier et au débiteur. Or, en quelque personne que la confusion s'opère, il est évident que son effet sera toujours le même.

Donc, au lieu de dire que *la confusion qui s'opère* EN LA PERSONNE *du débiteur principal profite à la caution,* il fallait parler de *la confusion qui s'opère par le concours des qualités de créancier et de débiteur principal,* en faisant abstraction de la personne en qui cette confusion s'accomplit. Il en faut dire autant des deux autres règles de notre article; et et c'est précisément parce que la personne en qui se fait la confusion est indifférente que notre dernier alinéa parle d'une confusion opérée en la personne du *créancier,* dans un cas où, d'après son système, il devait dire en la personne du *codébiteur,* puisqu'il ajoute : « ne profite *à ses codébiteurs* que pour la portion *dont il était* DÉBITEUR. » La vérité est qu'on ne doit pas se préoccuper de la personne en qui se confondent les deux qualités, mais seulement de ces qualités elles-mêmes.

II. — 856. Les effets de la confusion sont toujours faciles à déterminer, puisqu'ils sont le résultat de la force même des choses : c'est plutôt la constatation d'un fait que l'explication d'un point de droit. La réunion de telle qualité à telle autre éteindra nécessairement tous les droits dont elle rend l'existence ultérieure absolument impossible; mais il est clair aussi qu'elle n'éteindra qu'eux.

Ainsi, dans l'obligation cautionnée, quand les deux qualités de créancier et de débiteur principal se réunissent sur une même personne, il est clair que la dette principale s'éteint (puisqu'il est impossible d'être débiteur envers soi-même); et il est clair aussi que la dette principale s'éteignant, l'obligation accessoire de la caution s'éteindra par là même. — Si, au contraire, il y a confusion de la qualité de créancier et de celle de caution, il est évident que, s'il y a par là extinction du cautionnement (parce qu'on ne peut pas se cautionner à soi-même sa propre créance), il n'y aura pas pour cela extinction de la dette principale, laquelle subsistera toujours comme dette non cautionnée, ou cautionnée seulement par d'autres (s'il y avait plusieurs cautions). — Que si la confusion a lieu entre la qualité de caution et celle de débiteur principal, il y aura encore, sans aucun doute, extinction du cautionnement (car on ne peut pas plus cautionner sa propre dette qu'on ne peut cautionner sa propre créance); mais les diverses autres garanties qui auraient été données soit par le débiteur, soit par la caution, des hypothèques, par exemple, que chacun des obligés aurait consenties, subsisteront toutes, car il n'y a aucune impossibilité à leur maintien. — Si les deux qualités qui vien-

nent se réunir sont l'une et l'autre celle de caution; par exemple, si deux des quatre cautions qui garantissaient la dette chacune pour un quart succèdent l'une à l'autre ou se trouvent avoir un tiers pour successeur unique, il n'y aura pas confusion, mais simplement juxtaposition de deux qualités qui n'ont rien d'incompatible et dont l'une ne détruit nullement l'autre, en sorte que, au lieu de quatre cautions répondant chacune pour un quart, il y en aura trois dont une répond pour moitié à elle seule. Il n'y a, en effet, rien d'impossible à ce que la même personne garantisse une dette pour un premier quart et pour un second quart tout à la fois.

857. Quant à la dette solidaire, nous avons expliqué sous l'art. 1209 l'effet de la confusion de la qualité de créancier avec celle de codébiteur. — Si les deux personnes dont l'une succède à l'autre, ou qui se trouvent avoir un seul et même successeur, étaient deux codébiteurs solidaires, comme il n'y a rien d'impossible à ce qu'un même obligé supporte vis-à-vis de ses coobligés deux parts de la dette, il n'y aura pas confusion par rapport aux codébiteurs, et celui qui en représente deux à lui seul devra ce que les deux devraient (ainsi, s'ils étaient trois, il devra deux tiers, et l'autre un tiers seulement comme auparavant); mais par rapport au créancier, comme il est impossible de devoir deux fois la totalité d'une même chose, il est bien clair qu'il y aura une confusion produisant tout son effet, c'est-à-dire disparition de l'un des débiteurs solidaires. Ainsi, quand le créancier n'avait que deux débiteurs solidaires, il n'aura plus qu'un débiteur; en sorte que la solidarité se sera évanouie. M. Duranton a donc tort de dire que « la confusion n'opère rien dans ce cas (XI, 222). »

Si c'était la créance qui fût solidaire, au lieu de la dette, le principe formulé ci-dessus donnerait toujours la solution facile des différents cas qui pourraient se présenter. Ainsi, quand la confusion s'opère entre la qualité de cocréancier solidaire et celle de débiteur, il est clair qu'il n'y a extinction de la créance et de la dette que pour la part qu'avait le créancier : par exemple, si l'un des trois créanciers solidaires de 900 fr. succède au débiteur (ou que ce débiteur lui succède, ou que tous deux aient un successeur commun), il n'y aura plus qu'un débiteur de 600 fr. (au lieu de 900 fr.) et deux créanciers solidaires de cette même somme (au lieu de trois). — Si les deux qualités qui viennent concourir sont l'une et l'autre celle de créancier (si deux des trois créanciers se succèdent l'un à l'autre ou se trouvent avoir un commun successeur), il y a bien confusion en ce sens que le débiteur n'a plus que deux créanciers solidaires au lieu de trois, parce qu'il est impossible qu'une même personne ait deux fois droit à la totalité d'une même chose; mais il n'y a pas confusion, et rien n'est changé, pour les cocréanciers entre eux : l'un d'eux a droit à deux tiers, comme l'avaient les deux créanciers qu'il représente, par la raison bien simple qu'il n'y a rien d'incompatible entre le droit à un tiers et le droit à un second tiers; il y a donc addition et juxtaposition de ces deux droits, et nullement destruction de l'un par l'autre.

858. Il est bien évident, au surplus, que l'extinction de l'obligation par confusion ne s'opère que dans les limites dans lesquelles il y a concours des deux qualités incompatibles. Ainsi, par exemple, quand le débiteur ne devient héritier du créancier que pour moitié, il est clair qu'il n'y a que pour moitié extinction de son obligation, et que pour l'autre moitié il reste débiteur envers celui ou ceux à qui passe l'autre moitié, il reste débiteur envers celui ou ceux à qui passe partie de la succession du créancier défunt... Dans tous les cas où la confusion ne sera que partielle, les effets ci-dessus indiqués ne se réaliseront que partiellement. — Nous n'avons pas besoin de dire non plus que, pour qu'il y ait confusion des deux qualités du défunt et de l'héritier, il faut que celui-ci soit héritier pur et simple; car on sait qu'une acceptation bénéficiaire maintient la distinction des patrimoines et ne fait pas de l'héritier le représentant du défunt (art. 802).

III. — 859. Il suffit de ce qui vient d'être dit dans ce n° II, quant à la réunion des deux qualités de *débiteur principal* et de *caution,* pour prouver l'insuffisance de la définition que la plupart des auteurs donnent de la confusion. Il est évident, en effet, que dans le cas ici rappelé il y a extinction d'une obligation, libération de la caution. Il n'est pas moins évident que cette extinction s'opère par confusion, c'est-à-dire par le concours de deux qualités incompatibles et dont l'une détruit l'autre. Or, ce cas ne se trouve pas compris dans la définition qui présente la confusion comme étant le concours des deux qualités de *débiteur* et de *créancier*. Cette définition est donc trop étroite (1).

IV. — 860. Si la confusion qui s'était opérée vient à être anéantie, il est clair que les effets qu'elle avait produits s'évanouissent. Ainsi, par exemple, si l'héritier fait annuler son acceptation comme entachée de violence, il se trouve, en droit, n'avoir jamais été héritier, et, par conséquent, toute confusion qui avait pu s'opérer en sa personne sera complétement non avenue. Les créances que cet héritier pouvait avoir contre le défunt, et celles du défunt contre lui, subsisteront donc telles qu'elles étaient avant l'acceptation, et avec les priviléges, hypothèques, cautionnements ou autres garanties qui les protégeaient.

861. La révocation de la confusion pourrait même résulter d'une simple convention, et sans qu'il existât aucun motif légal d'annuler la cause de cette confusion. Ainsi, l'héritier dont l'acceptation est parfaitement régulière et valable peut vendre l'hérédité à un tiers; et c'est ce tiers, investi par là des droits héréditaires à la place de son vendeur, qui verra s'éteindre les droits actifs et passifs qu'il pouvait avoir envers la succession, tandis que ceux de ce vendeur renaîtront pour ou contre lui et seront censés n'avoir pas été éteints; l'héritier devra à son acheteur tout ce qu'il devait au défunt, et l'acheteur lui devra tout ce que le défunt lui devait. — Mais la révocation qui s'opère ainsi par simple convention n'aura pas un effet aussi étendu que celle qui s'opère par la nullité légale de la cause qui avait produit la confusion. Elle sera sans

(1) *Dict. not.* (v° Confusion, n° 4).

doute pleinement efficace entre les contractants, mais elle ne pourra pas faire revivre, au préjudice des tiers, les cautionnements, hypothèques et autres droits qui étaient dûment éteints. La simple volonté de l'homme ne peut pas lier les tiers, et l'héritier ne peut pas, par sa simple fantaisie, faire que son acceptation valable soit réputée nulle et non avenue, même au détriment de ces tiers, et pour effacer le bénéfice qui en était résulté pour eux (Duranton, XII, 487) (1).

SECTION VI.

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE (ET DES DIFFÉRENTS CAS OU L'ACCOMPLISSEMENT DE L'OBLIGATION SE TROUVE IMPOSSIBLE).

862. Nous avons déjà fait remarquer, sous l'art. 1234, que le Code présente d'une manière trop étroite cette nouvelle cause d'extinction des obligations, et qu'au lieu de parler seulement *de la perte de la chose due,* il fallait parler en général *de l'événement rendant impossible l'exécution de l'obligation.* Et en effet, c'est une vérité devenue proverbiale que A L'IMPOSSIBLE NUL N'EST TENU; or, s'il m'est impossible de vous livrer le meuble qu'un incendie a consumé, il m'est également impossible de faire la peinture que je vous avais promise, quand un accident m'a enlevé les bras ou fait perdre la vue.

Nous avons donc dû, en expliquant cet art. 1234, critiquer la division présentée par Toullier (VII, n° 2, 6°) et M. Duranton (XII, n° 2), sur cette matière de l'extinction, division dans laquelle ils ne parlent, comme le Code, que *de la perte de la chose.* Cette omission, Toullier la répare en arrivant à notre section VI, à laquelle il donne une rubrique embrassant tous les cas d'impossibilité d'exécution, et où il a soin d'expliquer (n° 446) que l'obligation s'éteint toujours « lorsque quelque événement, qu'on ne peut imputer au débiteur, rend impossible l'accomplissement de cette obligation. » Mais M. Duranton, qui a pourtant écrit postérieurement, laisse passer toute son explication de la section sans parler de rien autre chose que de *la perte de la chose due* (n°s 488-511).

1302. — Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure.

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée.

Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue,

(1) *Dict. not.* (*eod. verb.*, n° 20).

sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix.

1303. — Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

SOMMAIRE.

I. Impossibilité de livrer l'objet dû déterminément. Développement sur l'art. 1302. — Critique de la doctrine de MM. Duranton et Zachariæ sur la règle relative au voleur. — Inutilité de l'art. 1303.

II. Les règles des art. 1302 et 1303 s'appliquent encore à la dette alternative de deux objets qui périssent l'un et l'autre, et aussi à la dette d'une chose indéterminée à prendre dans une classe qui périt en entier.

III. Impossibilité d'exécuter l'obligation qui ne consiste point à livrer une chose.

IV. Quand l'extinction de l'obligation laisse subsister l'obligation corrélative.

I. — 863. Lorsque j'étais obligé de vous livrer tel cheval et qu'il est venu à mourir, ou telle maison et qu'elle a été dévorée par les flammes, ou telle pièce de terre et que l'État s'en est emparé pour cause d'utilité publique, ou telle collection d'oiseaux curieux et qu'ils se sont envolés sans que je sache ce qu'ils sont devenus; en un mot, toutes les fois que mon obligation avait pour objet une chose individuellement déterminée, et qu'il est survenu un événement qui me met dans l'impossibilité absolue de vous la livrer, il est clair que par cela seul, et sans même qu'il y ait à considérer si cet événement peut ou non m'être imputé, il y a, par la force même des choses, extinction de mon obligation. Seulement, si l'événement qui rend l'exécution impossible m'est imputable, ma dette de corps certain sera remplacée par une dette de dommages-intérêts; tandis que, dans le cas contraire, je serai libéré purement et simplement. Lors donc que notre article déclare que l'obligation n'est éteinte, par l'impossibilité de livrer le corps certain, que si cette impossibilité ne vient pas de la faute du débiteur, il entend parler de l'extinction pure et simple, qui libère absolument le débiteur. — Du reste, pour que l'événement qui rend l'exécution impossible soit ici imputable au débiteur, il n'est pas nécessaire qu'il provienne de sa faute, il suffit qu'il provienne de son fait, comme on l'a déjà dit plusieurs fois, et comme le prouve notamment l'art. 1245.

Ainsi, le débiteur d'une chose individuellement déterminée est libéré pleinement et absolument toutes les fois qu'il se trouve mis sans sa faute ni son fait dans l'impossibilité de la livrer. Et, bien entendu, c'est au débiteur de prouver que l'objet a été détruit, perdu ou mis hors du commerce; et ce serait au créancier qui prétendrait que ce résultat est arrivé par la faute ou le fait du débiteur, de faire la preuve de cette assertion : c'est toujours à celui qui élève une prétention, de la justifier.

864. On sait que la demeure, c'est-à-dire le retard d'exécuter, constitue déjà une faute reprochable au débiteur. Toutefois, cette faute ne produit son effet, et n'empêche l'extinction absolue (c'est-à-dire l'ex-

tinction sans dommages-intérêts) qu'autant que c'est bien elle qui a préjudicié au créancier. Si donc le débiteur, chez qui la chose a péri par accident, alors qu'il était en retard de la livrer, prouve qu'elle aurait également péri chez le créancier à qui elle aurait été livrée à l'époque voulue, ce débiteur ne devra pas de dommages-intérêts.

865. Il n'est pas besoin de dire que le principe de l'extinction absolue et sans dommages-intérêts, par la perte (non imputable) de la chose, souffrirait exception par une circonstance particulière dont l'article 1302 ne parle que dans son deuxième alinéa, mais qui modifierait également la règle de l'alinéa 1er. Nous voulons parler du cas où le débiteur du corps certain s'est soumis, par une convention particulière, à subir lui-même les conséquences des événements qui pourraient survenir. Il est bien clair que quand le débiteur a bien voulu, par dérogation au principe de l'art. 1138, se charger ainsi des risques de la chose, des cas fortuits, il devra payer au créancier la valeur de cette chose, de quelque manière qu'elle soit venue à périr ou à disparaître.

866. Le dernier alinéa de l'art. 1302 a fait naître une controverse, en déclarant sans autre explication que, quand le corps certain est dû par suite d'un vol, le voleur doit toujours le prix de la chose, de quelque manière qu'il se trouve mis dans l'impossibilité de la rendre. Cette disposition enlève certainement au voleur la faculté de se libérer en prouvant que la chose a péri sans sa faute (et c'est bien juste, puisqu'un voleur est à chaque instant en demeure de rendre la chose, et que le fait de sa possession est une faute continuelle) : mais lui enlève-t-elle également le droit de se libérer en prouvant que la chose aurait péri chez le propriétaire comme elle a péri chez lui?... Toullier (VII, n° 468) répond affirmativement, mais sans en donner aucune raison. Au contraire, MM. Duranton (XII, n° 506) et Zachariæ, (II, p. 422, note 6) soutiennent la négative, en se fondant sur ce principe fondamental de notre droit français, que jamais on ne doit s'enrichir au détriment d'autrui.

Cette dernière opinion nous paraît erronée, et nous pensons que le législateur a entendu priver le voleur aussi bien du bénéfice du deuxième alinéa de notre article que du bénéfice du premier. Le contexte du Code et l'ordre d'idées qui suit l'indiquent déjà, puisqu'il place la règle relative au voleur, non après le premier alinéa, mais à la fin de l'article : ce qui fait naturellement retomber sur tout ce qui précède les mots *de quelque manière que la chose ait péri,* et leur donne le sens le plus large possible. Cette interprétation, si naturelle grammaticalement, se fortifie d'ailleurs par l'histoire; car notre article, dans ses quatre alinéa, n'est que le résumé des règles que Pothier développait dans le même ordre (art. III), et Pothier expliquait ici que « on ne doit point entrer dans la discussion de savoir si la chose serait également périe chez le créancier, à l'égard de ceux qui l'ont volée. » Et en effet, le Code n'avait pas de raison de s'écarter ici de la doctrine de Pothier; car le principe qu'on ne doit pas s'enrichir au détriment d'autrui, principe que M. Duranton exagère au profit du voleur, reste ici parfaitement sauf, par suite de ce

qu'il y a d'aléatoire dans les circonstances. Quand on me vole, je cours de grandes chances de ne pas découvrir le voleur et de ne jamais recouvrer ma chose, dont celui-ci profitera. Cela étant, qu'y a-t-il d'injuste à ce que le voleur coure la chance de me payer cette chose dans le cas même où elle aurait dû périr chez moi, et qu'il fasse naître ainsi pour moi une chance de gain en face de mes chances de perte?... Quand on réfléchit que les chances sont encore plus favorables pour lui que pour moi, que, d'ailleurs, c'est lui seul qui a fait naître notre position réciproque, qu'il l'a fait par un délit et peut-être par un crime, on ne peut certes pas s'étonner de la règle du Code, règle qui revient tout simplement à dire que le voleur, par le fait de son vol, se charge des cas fortuits, comme tout autre créancier pourrait en être chargé au moyen d'une convention particulière, ainsi qu'on l'a vu plus haut.

867. Quant à l'art. 1303, c'est un non-sens dans le Code; et c'est évidemment par irréflexion que les rédacteurs l'ont copié dans Pothier à la suite des dispositions qui précèdent. Autrefois, alors que celui qui s'était obligé à transférer un corps certain en demeurait propriétaire jusqu'à la tradition, il est clair que les actions en indemnité ou autres (auxquelles pouvait donner lieu la perte de l'objet, arrivée avant cette tradition) appartenaient à ce débiteur propriétaire, et que ce débiteur, dans l'impossibilité de livrer l'objet, devait au moins transférer à son créancier les actions qu'il avait au lieu et place de cet objet. Ainsi, par exemple, si le cheval que me devait Pierre avait été tué méchamment par son voisin, ou si le terrain faisant l'objet de l'obligation lui avait été enlevé pour cause d'utilité publique, Pierre était tenu de me céder l'action en dommages-intérêts qu'il avait contre le voisin ou l'État. Mais aujourd'hui que le créancier devient propriétaire par l'effet immédiat de la convention et avant toute tradition (art. 1138), il est clair que les droits, créances ou actions qui peuvent naître de la perte de l'objet ou de sa mise hors du commerce, appartiennent à ce créancier, et que le débiteur, dès lors, ne peut pas avoir à les lui céder.

Au surplus, le nouveau principe du Code à cet égard rend plus évidente encore la décision affirmative que Pothier donnait déjà autrefois sur le point de savoir si, la chose principale périssant, l'accessoire en serait encore dû. Ainsi, quand Pierre me devait tel cheval tout harnaché, Pothier dit que la mort du cheval n'empêche pas que Pierre ne me doive le harnais (comme aussi la peau même du cheval). Il fait observer avec raison que la loi 2 du Digeste, *De pecul. leg.*, et 49 *De legat.*, 2°, qui posent une règle différente en cas de legs, ne peuvent pas être opposées à cette décision, puisque l'anéantissement de l'objet principal du legs arrivant, dans l'hypothèse de ces lois, avant l'échéance du legs (c'est-à-dire du vivant du testateur), empêche ce legs de se réaliser, en sorte que l'héritier ne devient pas débiteur de l'objet légué; tandis que, dans le cas d'une convention, l'obligation, ayant été parfaite *ab initio,* doit s'exécuter pour tout ce qui reste de l'objet dû... Aujourd'hui que, par le fait même de la convention, le créancier est devenu *propriétaire* du cheval harnaché, la solution est encore bien plus simple;

il est clair qu'il a le droit d'exiger la peau et le harnais, puisqu'ils lui appartiennent : *meum est quod ex re meâ superest*. On ne conçoit donc pas que M. Demante (II, 772) ait pu mettre ce point en question.

II. — 868. Les règles qui viennent d'être expliquées, pour le cas d'un objet individuellement déterminé, s'appliqueraient aussi pour un objet non déterminé, mais faisant partie d'un nombre ou d'une quantité déterminés qui périssent ou se perdent en entier. Ainsi, quand vous me devez l'un de vos quatre chevaux blancs, et que tous quatre viennent à mourir; ou 50 hectolitres du blé que vous avez récolté dans tel champ, et que tout ce blé se trouve brûlé; ou 20 ares de terre à prendre dans telle pièce, et que la pièce entière vous est enlevée pour ouvrir un canal, il est clair que l'objet de votre obligation se trouve hors du commerce aussi bien que si le cheval, le blé ou les 20 ares de terre avaient été choisis et déterminés *in individuo*. Il en est de même dans une dette alternative dont les deux objets se trouvent mis hors du commerce l'un et l'autre.

Toutefois, on conçoit que si les règles ci-dessus deviennent applicables ici, c'est sous une exception résultant de ce que l'objet n'étant pas déterminé *in ipso individuo*, le créancier n'en est pas devenu propriétaire : ce n'est pas alors au créancier qu'appartiennent les actions qui peuvent exister relativement à la chose, en sorte que la cession d'actions, qui ne saurait avoir lieu dans le cas d'un objet déterminé (cas auquel le texte a tort de l'appliquer), s'appliquera, au contraire, dans le cas qui nous occupe et dont la loi ne parle pas. Ainsi, quand le débiteur est exproprié par l'État de tout le terrain dont une portion de 20 ares vous était due, ou quand il a été exproprié de l'hectare de bois et de la maison dont il vous devait l'un ou l'autre alternativement, ce n'est pas vous (puisque vous n'étiez pas propriétaire des biens pris par l'État) qui pourrez pour votre part demander directement à l'État l'indemnité par lui due : cette indemnité ne peut être demandée que par le débiteur (qui vous en tiendra compte ensuite), à moins qu'il ne vous cède, pour votre part, l'action qui lui appartient. — Il est évident, au surplus, que si les différentes parties du terrain dont il s'agit n'ont pas toutes une même valeur, ou si l'indemnité due pour l'hectare de bois n'est pas égale à celle de la maison, le débiteur pourra ne donner que la valeur moindre, à moins que le choix de la dette alternative ou des 20 ares à prendre n'appartînt au créancier.

Dans tous les autres cas de choses indéterminées, il ne pourra jamais y avoir extinction de l'obligation par la perte de la chose. Il est clair, en effet, que quand vous me devez en général *un cheval*, ce n'est pas plutôt tel cheval que tel autre qui est dû, et l'exécution sera toujours possible, puisque, à la place de vos chevaux, qui peuvent mourir tous, il y aura toujours moyen d'acheter un autre cheval pour me le livrer : *genera non pereunt*.

III. — 869. Quand l'obligation a pour objet, non plus une chose à livrer, mais un fait à accomplir, il est clair qu'il pourra s'élever un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ce fait tout aussi bien qu'à

la livraison de la chose, et que, par conséquent, le débiteur cessera d'être tenu dans ce cas comme dans l'autre. Ainsi, quand je dois faire pour vous tel voyage en Angleterre et que la maladie me retient dans mon lit, ou qu'une déclaration de guerre entre l'Angleterre et la France empêche toute communication entre les deux pays, il est évident que mon obligation disparaît : seulement, si c'est par ma faute que l'exécution est devenue impossible, si l'obstacle est survenu après l'époque où j'aurais pu et dû faire le voyage, je vous devrai des dommages-intérêts. — Pour ce qui est de l'obligation de ne pas faire, on ne conçoit guère l'impossibilité de l'accomplir. Si, cependant, le cas se présentait, si le débiteur se trouvait contraint par violence à faire ce dont il avait promis de s'abstenir, notre principe s'appliquerait toujours, et l'impossibilité réelle, dans laquelle le débiteur aurait été d'obéir à son engagement, le dispenserait de payer des dommages-intérêts. Il va sans dire, au surplus, que si la chose ainsi faite par le débiteur contre sa volonté était de nature à être supprimée, le débiteur serait tenu d'en opérer la suppression dès qu'il aurait recouvré sa liberté.

IV. — 870. Quant au point de savoir si l'extinction d'une obligation par l'effet de l'impossibilité qui survient à son exécution emporte après elle extinction de l'obligation réciproque, on sait qu'elle est résolue négativement par l'art. 1138, pour le cas d'un corps certain. Ainsi, quand je vous devais tel cheval pour lequel vous deviez me payer 600 francs et que ce cheval vient à périr sans mon fait ni ma faute, vous me devrez toujours les 600 francs, quoique vous n'ayez plus rien à exiger de moi. Cette décision, qui n'est plus aujourd'hui que l'application toute simple du principe que la perte d'une chose doit être supportée par son propriétaire, *res perit domino,* existait, on le sait, dès avant le Code Napoléon, et alors que le créancier ne devenait pas propriétaire par l'effet immédiat de la convention de donner : elle s'expliquait alors par cette idée que le créancier, courant les chances favorables d'amélioration et d'augmentation de valeur, devait subir aussi les chances contraires de détérioration et de perte ; et que, par conséquent, l'obligation de ce créancier devait être regardée comme ayant une existence irrévocable et indépendante du sort de l'obligation réciproque (1).

Mais on conçoit qu'il n'en saurait être ainsi de la dette corrélative à l'obligation de faire. Quand votre obligation d'aller pour moi en tel pays, ou de faire mon portrait, devient impossible à exécuter et s'éteint par là même, mon obligation réciproque de vous payer 300 francs s'éteindra aussi ; car on ne peut parler ici ni de l'idée nouvelle d'un droit de propriété existant pour moi, ni de l'ancienne idée de chances réciproques courues par moi... Quand l'obligation que vous prenez envers moi est de me livrer telle chose déterminée, on conçoit que, de ma part, une dette immédiatement absolue et irrévocable soit le prix du *jus ad rem,* que (en dehors du principe nouveau de propriété) j'acquiers sur cette chose, *jus ad rem* qui deviendra ensuite ce qu'il

(1) *Dict. not.* (v° Perte de la chose due, n° 10).

pourra, et pour lequel je subirai toutes les chances résultant de la force des choses; mais quand l'objet de votre obligation est tout simplement un fait à accomplir plus tard, il est bien évident que notre intention commune est que ma dette sera, non pas le prix de votre promesse d'accomplir le fait sauf empêchement, mais bien le prix du fait accompli : par la nature même des choses, ma promesse est conditionnelle; elle est de vous payer telle somme, si vous faites telle chose pour moi.

SECTION VII.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS.

I. — 871. Nous avons déjà dit qu'il faut avoir grand soin de distinguer l'acte rigoureusement nul, c'est-à-dire sans existence légale, de l'acte nul dans le sens impropre de ce mot, c'est-à-dire soumis à une cause qui peut le faire annuler; en d'autres termes, l'acte *nul*, de l'acte *annulable*. Or, c'est seulement des obligations annulables, et non des obligations proprement nulles et inexistantes, que s'occupe notre section. C'est évident, non-seulement par l'ensemble des textes de la section, où il n'est question que des cas de violence, d'erreur, de dol, d'incapacité et de lésion (cas dans lesquels le contrat existe et produit ses effets, sauf annulation), mais même *à priori*, par le plan et l'objet du chapitre et de la section; car il s'agit ici de la dernière cause d'*extinction* des obligations, et il est bien clair qu'on ne peut éteindre que ce qui existe : le néant ne peut pas être anéanti. Il s'agit donc, dans notre section, des cas où l'obligation vient à être brisée, annulée, mise au néant, par la sentence du juge.

Cette vérité, si claire par elle-même, se trouve d'ailleurs nettement énoncée dans le Rapport au Tribunat : « Pour qu'une convention soit obligatoire, y est-il dit, il ne suffit pas qu'elle ait les apparences extérieures d'une convention; il faut qu'on y retrouve tout ce qui est nécessaire *pour la réalité d'une convention*... Une cause illicite vicierait tellement la convention qu'aucun laps de temps ne pourrait la rendre valable : *il n'y a pas eu de contrat*. Si la convention n'avait pas d'objet (et un objet licite), il serait bien impossible qu'en aucun temps elle produisît obligation : *ce ne serait pas non plus un contrat*. — Les incapables de contracter ne peuvent être forcés à remplir leurs engagements; ils ont la faculté *de les faire annuler*. Mais s'ils renoncent à l'exercer ou s'ils ne le font pas dans les formes et délais voulus par la loi, *l'engagement doit être exécuté*. Enfin, il n'y a pas de consentement valable si ce consentement n'a été donné que par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol. Mais celui qui prétend avoir été trompé, forcé ou surpris, doit le prouver : c'est une exception dont il doit user; et, s'il n'en use pas, *l'engagement reste dans toute sa force*. — L'action en nullité ou en rescision ne s'applique donc qu'aux cas où la convention peut produire une action. » (Fenet, t. XIII, p. 368 et 369.)

II. — 872. Autrefois, on distinguait deux sortes d'actions tendant à l'annulation, l'action *en nullité* et l'action *en rescision*. L'action en nul-

lité, qui avait pour cause la violation des règles du droit positif, s'intentait directement devant les tribunaux et n'était soumise en général qu'à la prescription de trente ans; l'action en rescision ou en restitution (c'était à peu près l'ancienne *restitutio in integrum* des Romains) se fondait sur la violation des principes de l'équité (erreur, dol, violence, lésion), elle ne pouvait être intentée que par la partie qui avait préalablement obtenu des lettres de relief à la chancellerie royale, et se trouvait soumise à la prescription de dix ans. Aujourd'hui, quoi qu'en ait dit Toullier (dont les idées sont ici fort inexactes), ces deux actions se trouvent réunies et confondues en une seule qui, sur quelque cause qu'elle soit motivée, s'intente toujours de la même manière, et se trouve toujours soumise à la même prescription, de même qu'elle tend toujours au même but, l'anéantissement de l'obligation. C'est ainsi que les art. 1110-1116 déclarent que l'erreur, la violence et le dol, qui donnaient lieu autrefois à la *rescision,* sont tous trois des causes de *nullité;* après quoi, l'art. 1117 répète, en donnant cumulativement les deux noms à la même action, que l'erreur, la violence et le dol donnent lieu *à l'action en nullité ou en rescision;* et notre section, à son tour, déclare s'occuper, non pas *de l'action en nullité* ET *de l'action en rescision,* non pas encore DES ACTIONS *en nullité et en rescision,* mais bien DE L'ACTION (unique) *en nullité* OU *en rescision.*

III. — 873. Nous venons de dire que les explications de Toullier sur ce point présentent beaucoup d'inexactitudes. Sans les relever toutes, nous en signalerons une qui nous paraît plus importante et plus étrange que les autres.

D'après Toullier (VII, 521), l'action en nullité serait celle qui tend à *faire constater* l'inexistence de l'obligation nulle *de plein droit* et *qui ne s'est jamais formée,* notamment dans le cas d'incapacité; et l'action en rescision, celle qui tend à *détruire* une obligation *produisant effet.* Il base sa théorie sur le texte de l'art. 1117. — Mais, d'abord, comment Toullier peut-il faire dire à l'art. 1117 que le cas de l'action en nullité est celui de l'obligation nulle de plein droit, et se distingue ainsi de la rescision, alors que cet article, au contraire, met le cas d'obligation nulle de plein droit en opposition avec l'*action* EN NULLITÉ *ou en rescision?* — Comment peut-il ensuite présenter ici l'incapacité comme une cause d'inexistence de l'obligation, et l'erreur, le dol ou la violence, comme des cas d'obligations efficaces jusqu'à leur destruction, lui qui nous a dit précisément tout le contraire aux n°s 298 et 299, où il présente l'obligation des incapables comme produisant effet, et celle entachée d'erreur, de violence ou de dol, comme absolument nefficace?...

Du reste, Toullier, après avoir ainsi présenté comme *existantes* et pleinement inefficaces, tantôt les obligations des *incapables,* par opposition à celles entachées d'erreur ou de violence, tantôt *celles-ci,* par opposition à celles des incapables, arrivera plus loin (n° 551) à déclarer inexistantes *les unes et les autres* par opposition aux actes simplement résolubles!... Ces trois doctrines contradictoires, en outre de ce

qu'elles sont exprimées en termes peu intelligibles (comme quand Toullier, au n° 521, caractérise la nullité par la *visibilité* du vice et la rescision par l'*invisibilité* de ce vice, qui, bien que *radical* et faisant obstacle à la formation *réelle* du contrat, n'empêche pas, parce qu'il n'est pas *visible,* une formation *apparente* qui produit l'*effet de la réalité*), ces doctrines, disons-nous, sont erronées toutes trois. Ni l'obligation de l'incapable, ni l'obligation entachée d'erreur, violence ou dol, ne sont jamais nulles proprement, inexistantes; elles existent toutes et produisent toutes leur effet jusqu'au moment où elles sont brisées sur l'action dirigée contre elles, et elles demeurent inattaquables si on laisse passer le délai accordé pour les attaquer (art. 1034).

Or, l'action à diriger contre ces obligations (et qui portait autrefois le nom d'action en nullité pour le cas d'incapacité, et celui d'action en rescision, en cas d'erreur, de violence ou de dol) reçoit indistinctement l'un ou l'autre nom sous le Code Napoléon.

IV. — 874. Il est seulement un cas particulier, celui de lésion, pour lequel la loi n'emploie jamais l'expression de *nullité* et se sert exclusivement des mots *rescision* ou *restitution* (1305, 1306, 1313, etc.)... Quoique le législateur ne paraisse pas avoir attaché d'importance à cette distinction, puisqu'il confond partout ailleurs la rescision avec la nullité, il n'y a cependant aucun inconvénient, et il peut même être plus commode, d'employer distinctement le nom de *nullité* pour le cas où l'acte se trouve vicieux en lui-même, et celui de *rescision* pour le cas où cet acte, parfaitement régulier d'ailleurs, ne peut être critiqué que parce qu'il se trouve préjudiciable à celui qui s'en plaint.

1304. — Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; et pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, du jour de la dissolution du mariage.

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par les interdits, que du jour où l'interdiction est levée; et à l'égard de ceux faits par les mineurs, que du jour de la majorité.

SOMMAIRE.

I. Le délai de l'action en annulation est réduit à un maximum de dix ans.

II. Point de départ du délai, notamment pour les partages d'ascendants : erreur de la plupart des auteurs. — Les suspensions de prescription s'appliquent à ce délai : dissentiment avec Toullier et M. Duranton.

III. Ce délai, indiqué pour l'action, est le même pour l'exception, et la règle *Quæ temporalia* n'existe plus : critique de la doctrine contraire des auteurs.

IV. Cette prescription de dix ans n'a lieu que pour les conventions *annulables*. Elle ne s'applique pas aux conventions *nulles* (notamment au traité sur une succession future : erreur de Toullier, M. Duvergier, M. Zachariæ), ni aux conventions *résolubles* seulement : inexactitude de Toullier.

I. — 875. L'annulation n'étant possible que pour les actes qui ont une existence réelle quoique vicieuse (puisqu'on ne saurait détruire ce qui n'est pas), et de tels actes étant susceptibles d'être ratifiés, la loi a dû en voir une ratification tacite dans le silence suffisamment prolongé des personnes intéressées à les faire rescinder, et restreindre dès lors à de justes limites le délai dans lequel l'annulation pourrait être prononcée (1).

Aussi ce délai, qui, dans l'ancien droit, s'étendait souvent à trente années, a été réduit à un maximum de dix ans qu'il ne peut dépasser et qu'il n'atteindra même pas toujours. C'est ainsi que l'annulation pour lésion ne peut être demandée que pendant deux ans dans le cas de l'article 1676, et ne pourrait l'être que pendant trois mois dans le cas de l'art. 1854. Mais le délai sera de dix années toutes les fois qu'une règle spéciale n'en aura pas autrement disposé (2).

II. — 876. Le délai imparti pour attaquer un acte court tout naturellement, en principe, du moment même où l'acte commence à exister, à moins que la personne ne prouve qu'elle n'en a eu connaissance que plus tard; mais la raison même commandait d'apporter ici à ce principe d'autres exceptions, qui sont en effet indiquées par les deuxième et troisième alinéa de notre article. Ainsi, quand l'action se fonde sur un vice du consentement, il est clair que le délai ne doit courir que du jour où ce vice a disparu; et quand elle est motivée par l'incapacité de la personne, du jour où cette personne est devenue capable. Jusque-là, en effet, la personne n'a pas pu agir; or, *contrà non valentem agere, non currit prœscriptio* (3).

Le délai courra donc, en cas de violence, du jour où elle aura cessé; en cas d'erreur ou de dol, du jour où ils seront reconnus; pour un interdit, du jour où l'interdiction sera levée (4); pour la personne soumise à un conseil judiciaire, du jour où cessera la défense de procéder sans conseil (5); du jour de la majorité, pour le mineur; et du jour de la dissolution du mariage, pour la femme mariée (6).

Nous disons que le délai ne courra que de la dissolution du mariage, pour la femme; mais que déciderait-on si c'était le mari ou ses héritiers qui eussent intérêt à demander l'annulation de l'acte passé par

---

(1) Voy. *Dict. not.* (v° Nullité, n°s 2 et suiv.).

(2) L'action en nullité n'est plus recevable au bout de trente ans à partir de la date de l'acte attaqué, quand même le délai de dix ans à partir de la découverte du dol ne serait pas encore expiré; la règle spéciale de l'art. 1304 ne fait pas exception à la règle générale de l'art. 2262. Paris, 22 juill. 1853 (Dev., 54, II, 49; Dall., 55, II, 155). *Conf.* Aubry et Rau (III, § 339 et note 32, p. 201). *Contrà :* Larombière (art. 1304, n° 29).

(3) C'est à celui qui demande la nullité à prouver qu'il n'a découvert le dol que depuis moins de dix ans. Paris, 22 juill. 1853 (Dev., 54, II, 49; Dall., 55, II, 155).

(4) La prescription de dix ans court même à l'égard des personnes atteintes d'aliénation mentale qui ne sont pas en état d'interdiction. Bordeaux, 14 janv. 1857 (Dev., 57, II, 353).

(5) La prescription de dix ans court contre l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, même à l'égard des actes par lui faits depuis la dation de ce conseil. Angers, 27 juill. 1859; Cass., 6 juin 1860 (Dev., 60, I, 593, et II, 29). *Contrà :* Demolombe (VIII, n° 766); Larombière (art. 1304, n° 25).

(6) Voy. *Dict. not.* (v° Autorisation maritale, n°s 196 et suiv.).

la femme sans autorisation (art. 225, nº IV)?... Toullier et d'autres autorités décident que, dans ce cas encore, le délai ne courra que du jour de la dissolution; mais nous ne saurions nous ranger à cette opinion. Le principe, c'est que le délai court du jour même de l'acte; et les exceptions apportées à ce principe pour les cas de violence, d'erreur ou de dol, et d'incapacité, ne s'adressent qu'à la personne violentée, trompée ou incapable. Or, si la femme est incapable, le mari ne l'est pas, et la cause de l'exception n'existe pas pour lui. C'est, en effet, dans ce sens que la loi a été expliquée et dans l'Exposé des motifs, et dans le Rapport au Tribunat (Fenet, t. XIII, p. 287, 288 et 371). Le délai courra donc entre le mari soit du jour de l'acte, soit du jour où il en aura eu la connaissance, s'il prouve ne l'avoir eue que plus tard.

877. La règle *contrà non valentem agere* a fait apporter à notre principe une autre exception sur l'admission de laquelle les deux chambres mêmes de la Cour suprême ont été divisées, mais qui paraît aujourd'hui définitivement consacrée, et avec raison. Il s'agit du point de départ du délai dans lequel les partages d'ascendants faits par donation entre-vifs peuvent être attaqués, soit en rescision pour lésion, soit en réduction pour avantage excessif, aux termes de l'art. 1304. — Plusieurs arrêts, notamment un de la chambre des requêtes du 4 février 1845 (Dev., 45, I, 305), ont jugé que, soit pour la rescision, soit même pour la réduction, le délai court dès le jour de l'acte. — Beaucoup d'autres arrêts et la généralité des auteurs distinguaient entre les deux actions, et admettaient pour point de départ le jour de l'acte pour la demande en rescision, mais le jour du décès seulement pour la demande en réduction. S'il est vrai, disait-on, que le seul examen du partage et des biens partagés permet de voir de suite si les parts sont ou non très-inégales, et s'il y a ou non pour l'un des enfants lésion de plus du quart, ce qui permet d'intenter de suite l'action pour lésion, il est vrai aussi que la fixation de la quotité disponible ne peut, au contraire, se faire qu'au décès, eu égard soit à la quantité des biens laissés à ce moment, soit au nombre des enfants existants alors, soit aux dispositions postérieures qu'a pu faire l'ascendant. Ce n'est donc qu'après le décès qu'on peut intenter l'action fondée sur ce qu'on aurait avantagé l'un des enfants au delà du disponible, et ce n'est dès lors qu'à partir de ce moment que peut courir le délai de la prescription (1). — Mais la jurisprudence de la Cour suprême, mieux inspirée sur le premier point, a fini par repousser cette distinction, pour donner comme point de départ le décès de l'ascendant à l'action en rescision elle-même (2).

Les enfants, en effet, au moment où l'on fait entre eux l'acte qualifié

(1) Duranton (IX, 646 et 647); R. de Villargues (*Rép.*, vº Part d'ascend., nº 129); Vazeille (*Prescr.*, II, 563); Zachariæ (II, p. 444); Rej., 12 juill. 1836; Toulouse, 15 mai 1838; Nîmes, 12 juill. 1842; Bordeaux, 23 déc. 1845; Douai, 24 janv. 1846 (Dev., 36, I, 534; 39, II, 50; 42, II, 465; 46, II, 241).

(2) Solon (*Nullités*, II, 490); Genty (*Part. d'asc.*, p. 253-265); *Dict. not.* (vº Partage d'ascendant, nº 171); Rej., 30 juin 1847; Cass., 2 août 1848, 16 juill. 1849; Bordeaux, 30 juill. 1849; Paris, 8 avr. 1850; Orléans, 17 janv. 1851; Rej., 18 fév.

de partage entre-vifs, n'ont aucun droit sur les biens, puisqu'ils ne sont pas encore héritiers et ne le deviendront que plus tard (si tant est qu'ils le deviennent). Quant à présent, l'acte n'est pas un vrai partage, il ne peut l'être que plus tard, et n'est en attendant qu'une pure libéralité. Or, comment un enfant se plaindrait-il de recevoir trop peu, quand tout ce qu'il reçoit lui est attribué à pur don? Comment prétendrait-il avoir reçu moins que ce à quoi il avait droit, alors qu'il n'avait droit à rien? C'est seulement quand sera né son titre d'héritier, titre qui lui donnera droit à telle fraction du patrimoine, qu'on pourra parler de lésion. Or, non-seulement il n'est pas héritier, mais on ne sait pas même s'il le sera jamais, puisqu'il peut mourir sans postérité avant le donateur ou renoncer à sa succession!

878. C'est un point très-controversé que de savoir si les suspensions de prescription indiquées par les art. 2251 et suivants s'appliquent à la prescription particulière organisée par notre article. Toullier (n° 615) et M. Duranton (n° 548) décident négativement, en s'appuyant sur cette raison surtout que l'art. 1304 a eu précisément pour but de réduire pour tous les cas à un temps raisonnable, à dix ans tout au plus, la durée, souvent trop longue autrefois, de l'action en annulation : que, dès lors, ce délai de dix ans doit être regardé comme un terme préfix et invariable, qui ne pourra jamais être dépassé en quelque circonstance que ce soit; et que ce serait contredire cette pensée, dictée au législateur par l'intérêt général, que d'admettre ici des suspensions dont l'effet pourrait être de faire durer quelquefois l'action pendant trente et quarante années ou plus encore, par la succession réitérée de plusieurs mineurs ou interdits... Si grave que puisse paraître cette raison, à laquelle on en ajoute d'autres assez faibles, nous pensons cependant qu'elle n'est pas décisive. Le Code a voulu réduire l'ancienne durée de l'action et l'a beaucoup réduite en effet, puisque les causes qui pourront désormais suspendre le cours des *dix ans*, suspendaient également autrefois le cours des *trente ans*. Le délai est donc, quoi qu'on dise, trois fois moindre qu'il n'était. La prescription est aujourd'hui plus courte; mais elle n'en est pas moins une prescription; et puisque le Code, en exprimant la réduction de trente à dix ans, n'a point exprimé d'ex-

---

1851 (Dev., 47, I, 481; 49, I, 258 et 622; 50, II, 37 et 305; 51, I, 340, et II, 426. *Adde :* Orléans, 15 janv. 1853; Cass., 28 fév. 1855; Bordeaux, 22 fév. 1858 (Dev., 55, I, 572 et 785; 58, II, 561); Aubry et Rau (VI, § 734, p. 236, note 16). — Des quatre arrêts de la Cour suprême cités ici, les deux premiers sont présentés par l'arrêtiste comme n'ayant pas la portée que nous leur donnons et comme ne répudiant la doctrine contraire que pour l'action *en réduction*, non pour l'action *en rescision*. C'est une erreur; on peut s'en convaincre, pour le second, par la seule lecture de son texte, et, pour le premier, en rapprochant de son texte les conclusions de l'avocat général. *Voy.* aussi *Rev. crit.*, t. I, p. 280.

Lorsque l'ascendant a fait à ses enfants l'attribution tout à la fois de ses biens et de ceux de son conjoint prédécédé, sans distinction d'origine, la prescription ne court, à l'égard des biens de l'ascendant prédécédé, qu'à partir du décès de l'ascendant auteur du partage. Cass., 19 déc. 1859 (Dev., 60, I, 423; Dall., 59, I, 494). — Dans le cas où le partage a été fait par deux époux cumulativement, la prescription ne commence à courir que du décès du dernier mourant des donateurs, pour tous les biens provenant de l'un ou de l'autre indistinctement. Bordeaux, 22 fév. 1858; Agen, 7 juin 1861; Poitiers, 5 mars 1862 (Dev., 58, II, 561; 64, I, 433).

ception ici au principe général des suspensions, comme il l'a fait dans les art. 1663 et 1673, ce serait faire la loi et non l'expliquer que de déclarer ces suspensions inapplicables (1).

III. — 879. La plupart des auteurs enseignent que notre article, en réduisant à dix ans la durée de l'*action*, ne réduit pas pour cela au même terme la durée de l'*exception* (2). Ainsi, quand j'ai contracté par violence une obligation quelconque, je n'aurais à la vérité que dix ans à partir de la cessation de la violence pour *intenter une action* tendant à faire annuler mon engagement; mais si c'était, au contraire, mon créancier qui intentât contre moi une action tendant à l'exécution de cet engagement, je pourrais toujours, à quelque époque que cette action fût intentée (fût-ce après vingt ans, fût-ce même après trente-cinq ou quarante ans, parce que la prescription de la créance aurait été suspendue par suite de minorité ou d'interdiction), me prévaloir du vice de violence; et l'annulation ainsi demandée par exception, c'est-à-dire comme moyen de défense à l'action, devrait toujours être prononcée par le juge. C'est l'application de la fameuse maxime *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum :* Ce qui est temporaire pour l'action est perpétuel pour l'exception.

Mais cette maxime, qui était parfaitement exacte à Rome et qui avait son fondement dans plusieurs lois du Digeste (notamment dans la loi 5, § 6, *De doli mali except.*), est-elle encore vraie aujourd'hui, et trouve-t-elle une base quelconque dans les textes du Code? Nous n'hésitons pas à répondre négativement, comme le fait M. Duranton (XII, 549), et à dire que cette prétendue règle est, au contraire, démontrée fausse par les dispositions que nous expliquons ici.

Quand un défendeur, sur l'action dirigée contre lui et comme moyen de repousser cette action, forme lui-même une demande (appelée pour cela *reconventionnelle*), il se fait ainsi *demandeur* à son tour : *reus excipiendo fit* ACTOR. Or, il est facile de voir que la rubrique de notre section, comme notre art. 1304 et comme l'art. 1234, entendent par L'ACTION *en nullité,* par LA NULLITÉ *demandée à la justice,* toute demande, soit principale, soit reconventionnelle, en annulation de l'engagement. C'est évident, puisque, si la nullité proposée par demande reconventionnelle n'était pas comprise dans ces textes, aussi bien que celle faisant l'objet d'une demande principale, elle se trouverait ne pas faire partie des causes qui peuvent éteindre les obligations!... D'une part, le Code, après avoir parlé du payement, de la compensation, etc., etc., n'admet ici, comme dernière cause d'extinction, que *l'action en nullité;* d'un autre côté, il est bien certain que la nullité

(1) Merlin (*Rép.*, v° Rescis., n° 5 *bis*); Delvincourt (t. II); Vazeille (*Prescr.*, II, 572); Solon (II, 498); Zachariæ (II, p. 446); Pau, 11 déc. 1835; Limoges, 28 mai 1836; Nîmes, 20 juin 1839; Orléans, 27 mai 1842; Rej., 8 nov. 1842 (Dev., 36, II, 185; 39, II, 69 et 335; 44, I, 129).

(2) Toullier (VII, 600); Delvincourt (t. II); Dalloz (p. 639-649); Solon (II, p. 498); Zachariæ (II, p. 443); Toulouse, 9 juill. 1859 (Dev., 59, II, 407; Dall., 59, II, 201). *Mais voy.* Bastia, 22 mai 1854; Caen, 17 nov. 1855 (Dev., 54, II, 289; 57, II, 757); *Dict. not.* (v° Nullité, n° 115 et suiv.).

faisant l'objet d'une demande reconventionnelle est une cause d'extinction ; donc le Code comprend, sous ce nom d'*action en nullité,* toute demande d'annulation, soit principale, soit reconventionnelle. Cela étant, la durée de dix ans au maximum, fixée par l'art. 1304, s'applique donc à la reconvention comme à la demande ordinaire, à l'exception comme à l'action principale.

880. Et comment en eût-il été autrement? comment notre Code aurait-il pu adopter sur ce point la règle du droit romain ? Si l'exception était perpétuelle à Rome, c'est-à-dire durait autant que l'action de l'adversaire, c'était parce que le débiteur, dans la circonstance qui avait surtout donné naissance à ce principe (dans le cas de dol, prévu par la loi 5 précitée), *n'avait pas le droit,* tant que le contrat n'avait pas été exécuté, *d'intenter l'action,* et ne pouvait faire annuler *que par voie d'exception* sur la poursuite dirigée contre lui par l'adversaire à fin d'exécution. Il fallait dès lors que l'exception, unique moyen d'annulation dans ce cas, eût la même durée que l'action qu'elle devait repousser. Mais aujourd'hui que l'obligé peut, dans toutes les hypothèses possibles, intenter pendant dix ans une action tendant à faire briser l'obligation qu'il prétend vicieuse, il est clair qu'il n'y avait aucun motif d'étendre la durée de l'exception au delà de ces dix années. L'annulation étant aujourd'hui possible à tous, et en toutes circonstances, pendant les dix années, la loi ne devait pas permettre d'y arriver par un moyen quelconque après ce délai, trop long déjà peut-être. Il y a plus, la loi, en le permettant, se fût mise en contradiction avec elle-même, puisqu'elle n'a réduit le délai à un maximum de dix ans que parce qu'elle a vu dans le défaut d'action pendant ce temps une ratification tacite de l'engagement annulable. Si, après dix ans de silence de la part de celui qui pouvait se plaindre, l'engagement est tenu, et avec raison, pour ratifié, il ne peut donc plus être permis d'en proposer encore la nullité. Le maximum de dix ans est donc un délai après l'échéance duquel il est aujourd'hui impossible de faire valoir la nullité, de quelque manière que ce soit.

Et c'est bien dans ce sens que notre article a été voté et décrété. On en trouve la preuve dans le Rapport au Tribunat. Ce Rapport, après avoir présenté très-nettement la distinction entre l'acte proprement nul et l'acte annulable, les met en opposition l'un à l'autre sous ce rapport précisément que, pour le premier, on pourra proposer la nullité par voie d'exception à toute époque, tandis que, pour le second, on ne le pourra que dans le délai de notre art. 1304, parce que, passé ce délai, il y aurait ratification : « Lorsqu'il s'agit d'un engagement contracté sans objet ou sans cause, ou pour une cause illicite, il est tout simple que celui qui a souscrit l'engagement, *à quelque époque* qu'il soit POURSUIVI, soit *toujours* admis A RÉPONDRE qu'il n'y a pas d'obligation. *Mais lorsqu'il s'agit d'un mineur, d'une femme mariée,* ne serait-il pas bien extraordinaire que *le temps* DE LA RESTITUTION *ne fût pas limité!* Dans ce cas, on devait se borner à dire que celui qui avait souscrit l'engagement *pourrait s'y soustraire.* La nécessité *d'un délai* était com-

mandée *par l'intérêt public*. Pareillement, *le secours* que la loi accorde à ceux dont le consentement n'a pas été libre *doit être invoqué dans un délai fixé*. Un laps de temps *sans réclamation* doit faire présumer LA RATIFICATION. » (Fenet, p. 370 et 371.) Comme on le voit, c'est précisément pour le cas où l'obligé est *poursuivi* et veut opposer la nullité de son engagement comme *réponse* à l'action, c'est-à-dire par voie d'exception, que l'on oppose ici l'obligation nulle à l'obligation annulable : pour la première, cette exception sera possible à toute époque ; pour la seconde, la seule dont s'occupe notre section, elle ne le sera que dans le délai fixé par la loi.

On présente à l'appui du prétendu maintien, par le Code, de la règle *Quæ temporalia*, une idée qui se réfute d'elle-même. On dit que si un acte avait été fait par un interdit dans un moment où il était totalement privé de raison, cet interdit, qui n'aurait aucune connaissance de cet acte, ne pourrait pas songer dès lors, après la mainlevée de son interdiction, à intenter une action pour en faire prononcer la nullité; en sorte que l'autre partie, en ayant soin de laisser passer dix ans depuis la mainlevée, pourrait, dans notre système, venir demander l'exécution de l'acte sans que l'ex-interdit pût en faire prononcer la nullité. — Il y a deux réponses pour une à cette objection. La première, c'est que l'acte d'un homme totalement privé de sa raison (comme on le suppose) n'est pas, dans notre système, *annulable* seulement, mais évidemment *nul* et inexistant pour absence complète de volonté, de consentement; en sorte que la nullité sera opposable par exception, non pendant dix ans seulement, mais à perpétuité, comme on va le voir. La seconde, c'est que, même dans le système (déjà réfuté, et inconcevable en effet) où l'acte d'un fou aurait une existence légale, et serait seulement rescindable pendant dix ans, ces dix ans ne pourraient toujours courir que du jour où ce fou, revenu à la raison, aurait eu connaissance de l'acte, d'après ce qui a été dit au n° II.

881. Il est donc certain que la maxime *Quæ temporalia* est une de ces traditions que notre droit moderne a brisées et qui se trouvent aujourd'hui sans base et sans valeur aucune, au moins en ce qui touche les actes annulables, les seuls dont s'occupent notre article et notre section. Quant aux actes rigoureusement nuls, on peut dire que la règle existe encore pour eux, puisque, dans ce cas de non-existence de l'acte, l'exception de nullité serait forcément perpétuelle, quoique l'action ne puisse jamais durer plus de trente ans. Ainsi quand, en dehors du prix porté dans le traité par lequel j'ai acquis votre charge de notaire, je vous ai promis 20 000 francs complétant le prix secrètement stipulé entre nous, je pourrais, à quelque époque que ces 20 000 francs me soient demandés, par exemple après trente-cinq ou quarante ans (parce qu'il y aurait eu suspension de la prescription au profit de votre créance), opposer la nullité de mon obligation qui n'a jamais eu d'existence légale, attendu qu'elle était contraire à l'ordre public ; mais si c'était par voie d'action que je voulusse à la même époque faire déclarer *la nullité*, si après vous avoir payé les 20 000 francs j'intentais une

action pour faire proclamer cette nullité et répéter la somme comme payée indûment, mon action serait écartée par le motif que toute action, quelle qu'elle soit, se prescrit par trente ans (art. 2262). La nullité absolue, l'inexistence de l'obligation, quoiqu'elle soit opposable perpétuellement par sa nature même, ne peut donc être invoquée que temporairement par action principale; et la maxime *Quæ temporalia* se trouve vraie, dans un certain sens, quand on la réduit à ce cas.

C'est dans un certain sens, disons-nous, et non pas rigoureusement, que la nullité proprement dite, et perpétuellement opposable par exception, cesse d'être proposable par voie d'action après trente ans, depuis l'exécution de l'acte nul. En effet, quand un acte est vraiment nul, il n'y a pas à proprement parler d'action à diriger contre lui : à quelque époque et dans quelque circonstance que ce soit, dans le cas même d'une action intentée après quarante ou cinquante ans, il est toujours vrai que l'acte n'a jamais existé et n'a pu dès lors produire aucun effet. Après trente-cinq ans, depuis le payement que je vous ai fait en vertu d'un tel acte, il reste toujours vrai que cet acte n'a jamais eu de valeur, que mon payement dès lors a été fait indûment et m'a fait votre créancier; rien ne change à cet égard par le laps de temps, et l'effet que produit ce laps de temps, c'est seulement d'éteindre ma créance. Ainsi, ce qui se prescrit en pareil cas, ce n'est pas précisément une action en nullité de l'acte, ce n'est pas le droit de faire déclarer cet acte inexistant; c'est l'action qui était née pour moi contre vous de l'exécution indue de cet acte.

IV. — 882. Notre article, en restreignant à un maximum de dix années la durée de l'action dont il parle, constitue une exception au principe d'après lequel les actions durent en général trente ans; en sorte que sa disposition est une règle toute spéciale qu'il faut avoir soin de ne pas étendre au delà de son objet. N'oublions donc pas qu'il ne s'agit ici que de la demande en annulation de conventions formées sous l'influence d'un vice qui permet de les briser.

Et d'abord, il ne s'agit que des conventions; en sorte que la règle s'appliquerait bien à une donation entre-vifs (1), puisque c'est une véritable convention (art. 894, n° I), mais non pas à un testament.

883. Il ne s'agit ensuite que de l'annulation et non de la nullité proprement dite, pour laquelle, ainsi qu'on l'a déjà vu, l'action (en tant qu'elle doit produire un effet utile) durerait trente ans (et l'exception à perpétuité). L'article ne s'applique donc pas aux conventions qui se trouvent n'être qu'un fait sans existence juridique, soit parce qu'il y a eu absence de consentement, soit parce que l'obligation que l'on voulait former manquait d'objet ou de cause, ou n'avait qu'une cause ou un objet illicites. D'après cela, on doit rejeter comme erronée (et c'est aussi ce que fait la jurisprudence) la doctrine de Toullier (VII, 561), M. Du-

---

(1) *Conf.* Bordeaux, 14 juin 1857 (Dev., 57, II, 353; *J. Pal.*, 57, 1065). *Voy.* aussi Caen, 17 nov. 1855 (Dev., 57, II, 757); Toulouse, 27 avr. 1861 (Dev., 61, II, 393); Cass., 5 mai et 26 nov. 1862 (Dev., 62, I, 561; 63, I, 15).

vergier (*Vente*, I, 230) et M. Zachariæ (II, p. 440), qui enseignent que la convention ayant pour objet une succession future tombe sous le coup de notre article et ne peut être attaquée que pendant dix ans à partir de l'ouverture de cette succession. En effet, la loi regardant comme contraire aux bonnes mœurs, ainsi que le reconnaissent les auteurs cités, de prendre une succession future pour objet d'une convention, il s'ensuit qu'une telle convention, au moment où on l'a formée en fait, ne s'est pas formée en droit; elle est demeurée au néant. Or, le néant ne peut pas se ratifier; et puisque nos auteurs déclarent eux-mêmes que la prescription décennale que nous expliquons ne s'applique pas aux actes non susceptibles de ratification, la décision que nous combattons se trouve réfutée par leurs propres principes. En vain Toullier dit-il qu'une fois la succession ouverte, elle peut être l'objet d'une convention, et que dès lors la ratification devient possible. C'est ici qu'est l'erreur : l'ouverture de la succession, la rentrée de l'objet dans le commerce, rendra possible un traité nouveau, comme l'a fort bien dit l'un des arrêts cités ci-dessus, mais elle ne saurait rendre possible la ratification de l'ancien, qui est juridiquement sans existence; car, encore une fois, le néant ne saurait se ratifier; *quod non est confirmari nequit*.

Cette vérité est proclamée par M. Vazeille (*Prescr.*, II, n° 547) et M. Troplong (*Vente*, I, 249); et la jurisprudence, après avoir varié sur ce point jusqu'en 1834, est maintenant uniforme dans ce sens (1).

Lors donc qu'un pareil traité n'aura pas été renouvelé après l'ouverture de la succession, il demeurera non avenu, et dès lors, de deux choses l'une : ou bien ce traité n'aura pas été exécuté, et alors, à quelque époque que vinssent agir ceux qui voudraient le faire exécuter, ils seraient repoussés par exception; ou bien on l'a exécuté, et ceux auxquels il attribuait tels et tels biens en ont été mis en possession, et alors la partie qui, pour répéter ces biens, aurait à intenter, non pas précisément une action en nullité de l'acte (puisqu'on ne peut pas attaquer le néant), mais la revendication de ces biens (en se fondant sur ce que légalement il n'a jamais existé de traité), pourrait agir utilement tant que ses adversaires n'auraient pas prescrit la propriété de ces biens, c'est-à-dire pendant trente ans à compter de leur mise en possession. C'est seulement en ce sens et indirectement, comme on l'a expliqué au n° III, que dans les nullités proprement dites la prescription trentenaire devient applicable à l'action, quoique la nullité en elle-même soit opposable à perpétuité.

884. Enfin, s'il faut pour l'application de notre article qu'il s'agisse d'une convention, et d'une convention simplement annulable (et non

---

(1) Limoges, 6 avr. 1838; Aix, 2 fév. 1840; Bastia (1839), maintenu en Cassation, 8 nov. 1842; Rennes (janv. 1843), maintenu en Cassation, 14 nov. 1842; Metz (1844), maintenu en Cassation, 11 nov. 1845 (Dev., 38, II, 501; 40, II, 359; 43, I, 33; 44, I, 229; 45, I, 785); Cass., 3 janv. 1849 (Dev., 49, I, 282; Dall., 49, I, 139); Colmar, 22 août 1860 (Dev., 61, II, 549); *Dict. not.* (v° Pacte sur une succession future, *n° 37*).

pas nulle rigoureusement), il faut encore que cette convention soit annulable pour une cause qui l'a viciée dès son origine, pour une imperfection dont elle a été entachée dès sa formation même; et il ne faudra pas étendre la règle aux *résolutions* de contrat... Lorsqu'on invoque, pour faire déclarer un contrat non avenu, la condition résolutoire stipulée (expressément ou tacitement, peu importe) dans ce contrat, on invoque par là même une clause de la convention. Ainsi, par exemple, une vente contenant toujours ces deux idées : « 1° Je vous vends telle chose moyennant tel prix; 2° si vous n'acquittez pas ce prix, je pourrai faire déclarer la vente non avenue », il est clair que quand je viens demander la nullité de cette vente vu le défaut de payement, je ne demande rien autre chose que l'application de la seconde partie de notre convention. Quand je veux, au contraire, faire annuler un contrat pour erreur, violence, minorité, etc., ma demande est une contradiction absolue à la convention formée. Dans le premier cas, j'exerce un droit rigoureux que m'a positivement concédé mon adversaire; dans le second, j'use d'une faveur que la loi m'accorde pour me secourir contre ma faiblesse ou mon imprudence. Il y a donc une différence profonde entre les deux cas; et la règle exceptionnelle que notre article pose pour le second ne peut pas dès lors s'étendre au premier, qui reste ainsi sous le principe de la prescription trentenaire.

Les auteurs reconnaissent bien cette vérité (1). Mais ils ne précisent pas assez la distinction pour la faire comprendre; car ils s'appuient moins sur les choses que sur la différence des mots *rescision* et *résolution*. Or, *résoudre, rescinder, annuler, casser, anéantir,* sont en définitive des expressions à peu près synonymes : c'est toujours détruire ce qui existait; et on ne saisira pas à la première vue comment la *résolution* d'un contrat est très-différente de la *rescision* ou de l'*annulation* de ce contrat... Toullier, d'ailleurs, n'est pas seulement vague et peu précis sur ce point; il est complétement inexact. Après avoir dit que, par opposition à la rescision, « LA RÉSOLUTION *est un terme qui comprend les manières* DE RÉSOUDRE », ce qui n'explique rien du tout, il ajoute que « la résolution suppose *que le contrat a existé,* tandis que la rescision suppose *qu'il n'a existé que l'apparence du contrat* et « que *le contrat n'a jamais eu d'existence réelle.* » L'erreur est évidente : l'acte rescindable existe comme l'acte résoluble; la différence que Toullier signale à tort entre eux est celle qui distingue les actes rescindables ou résolubles de l'acte proprement nul et inexistant; et ce qui distingue l'acte résoluble de l'acte rescindable, c'est, comme nous l'avons dit, que celui-ci peut être annulé par l'effet d'un vice qui l'a entaché *ab initio* et dès sa formation, tandis que l'autre s'est formé régulièrement et n'a vu naître que *ex post facto* la cause qui permet de l'anéantir.

1305. — La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du

(1) Toullier (VII, 551); Duranton (XII, 552); Zachariæ (II, p. 443).



mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions; et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre *De la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.*

SOMMAIRE.

I. Controverse sur le sens de cet article et sur la nature de l'incapacité du mineur. Exposition des deux principaux systèmes suivis par les auteurs.
II. Réfutation d'un troisième système de Merlin et d'un quatrième de M. Demante, évidemment inadmissibles l'un et l'autre.
III. Celui des deux principaux systèmes d'après lequel l'incapacité du mineur n'a pour effet que de lui ouvrir la rescision pour lésion, si incohérent qu'il puisse être, est cependant celui de la loi. Erreur de Toullier, M. Demante, etc.
IV. Observations et résumé.

I. — 885. C'est un point très-controversé, et fort délicat, en effet, pour qui ne recourt pas aux travaux préparatoires, que celui de savoir quelle est la pensée de notre article, quand il accorde aux mineurs la rescision pour lésion; et quels sont par suite, dans le système du Code Napoléon, la nature et les effets de l'incapacité des mineurs.

Quatre systèmes, dont deux seulement nous paraissent devoir fixer notre attention, ont été proposés sur ce point.

Dans le premier, la rescision pour lésion, organisée par notre article et les suivants, est accordée aux mineurs en dehors et indépendamment de la nullité pour incapacité, résultant des art. 1108 et 1124.

Ainsi, toutes les fois qu'un mineur qui n'est pas émancipé, et qui, par conséquent, doit toujours être représenté, soit par son père, administrateur légal (art. 389), soit par son tuteur (art. 450), sera venu passer lui-même un acte quelconque; ou bien quand il s'agira d'un mineur émancipé, mais que l'acte accompli par lui ne sera pas de ceux qu'il est autorisé à faire seul (art. 481); l'acte étant dans ces cas celui d'un incapable, le mineur pourra le faire annuler pour ce fait d'incapacité. Que si, au contraire, l'acte a été régulièrement accompli par le représentant légal du mineur non émancipé, ou par le mineur émancipé dûment assisté de son curateur, il n'y a plus à parler de nullité, mais il y a lieu, d'après notre article, à une restitution extraordinaire pour lésion : cette lésion, qui permet au majeur lui-même d'attaquer ses actes dans certains cas (art. 1313), le permettra au mineur dans tous les cas absolument. — En outre de cette *nullité pour incapacité* dans les actes que le mineur a faits seul quand il était inhabile à les faire, et de cette *rescision pour lésion* dans ceux qui ont été faits par l'intervention du représentant légal ou du curateur, il y a encore *nullité pour défaut de formes,* même dans les actes faits par le père ou le tuteur ou avec assistance du curateur, quand il s'agit d'actes qui, vu leur importance, sont soumis à des formalités spéciales (art. 457-467) et que ces formalités n'ont pas été observées.

Cette doctrine simple et naturelle est celle de Toullier (VI, 106, et VII, 573, où se rencontrent d'ailleurs des idées inexactes que nous

avons relevées plus haut); de M. Demante, dans sa première édition (II, 780); de M. Troplong, qui l'appuie sur des motifs beaucoup plus solides que ceux qui avaient été présentés avant lui (*Vente,* n° 166); et elle avait été la nôtre pendant longtemps (1).

Dans le second système, la rescision pour lésion accordée au mineur par notre article est précisément la même chose que la nullité résultant de son incapacité; nos art. 1305 et suivants ne sont que l'application et le développement de la partie des art. 1124 et 1125 qui concerne les mineurs; et quand cet art. 1124 déclare les mineurs « incapables de *contracter* », cela signifie tout simplement « incapables de faire un contrat *inattaquable pour lésion*. » Notre art. 1305 ne s'applique donc qu'aux actes que le mineur a faits lui-même et en dehors de sa capacité. Quant aux actes régulièrement faits par le tuteur ou avec l'assistance du curateur, ils sont inattaquables pour lésion (sauf les cas particuliers dans lesquels ceux du majeur lui-même pourraient être critiqués pour cette cause). — Mais ceci n'empêche pas, bien entendu, qu'il n'y ait nullité, comme on le veut dans le premier système, pour les actes qui, étant soumis à des formalités spéciales, auraient été faits sans l'accomplissement de ces formalités (2).

II. — 886. Comme on le voit, ces deux systèmes se trouvent d'accord en ce qui touche les actes soumis à des formalités particulières. Or, il est une autre opinion qui, en acceptant le second système pour le reste, en diffère sur ce dernier point et forme ainsi un troisième système, encore moins favorable au mineur que le second. Cette doctrine, professée par Merlin (*Quest.,* v° Hyp., § 4), par Marbeau (*Transact.,* n° 42), et que M. Duranton a rejetée, après l'avoir adoptée d'abord dans son *Traité des contrats,* consiste à dire que la rescision pour lésion permise par notre article est la seule ressource ouverte au mineur, aussi bien pour les actes soumis à des formes particulières que pour les autres.

Le non-sens que cette dernière idée jetterait dans la loi ne permet pas de songer à l'accepter; car comment le législateur aurait-il exigé tant et de si grandes précautions, s'il avait entendu que leur omission fût insignifiante? Ainsi, par exemple, un bail peut être fait par le tuteur sans aucune formalité; au contraire, la vente d'un immeuble ne peut avoir lieu qu'après délibération du conseil de famille, homologation du tribunal sur les conclusions du ministère public, aux enchères publiques, après affiches, etc... Or, quelle différence y aurait-il, dans le système de Merlin et Marbeau, entre le bail que le pupille passerait seul et la vente d'immeubles qu'il ferait seul également? Aucune; la vente ne serait pas plus nulle que le bail; l'une et l'autre se trouveraient

---

(1) Adde : *Dict. not.* (v° Nullité, n° 140).

(2) Ce second système est suivi, et présenté plus ou moins explicitement, par Proudhon (I, ch. 16, sect. 2 et 5); Delvincourt, M. Duranton (X, 80 à 88); M. Zachariæ (VII, p. 429 et 432); Solon (I, n°s 71 et suiv.); M. Valette (*Obser. des sect. 2 et 5 de Proudhon*), et M. Pont, qui l'a développé d'une manière remarquable dans la *Revue de législation* (t. XXI, p. 217-242).

accomplis valablement, et ne pourraient être critiqués que sur la preuve d'une lésion! Comment croire que les deux actes soient ainsi sur la même ligne, quand on a exigé pour l'un tant de formalités dont pas une n'est demandée pour l'autre?

Il faut bien reconnaître, quelque système qu'on adopte d'ailleurs, qu'il y aura nullité pour absence de ces formes. C'est ce qui résulte d'ailleurs de l'art. 1311, qui oppose l'un à l'autre, à propos du mineur, l'acte *seulement sujet à rescision* et l'acte *nul en la forme*. Nous verrons, en expliquant cet article, qu'il s'agit là précisément des formes protectrices de la minorité.

A côté de ce troisième système, évidemment inacceptable, il s'en présente un quatrième, résultant de la modification que M. Demante a apportée, dans sa deuxième édition, au premier système exposé plus haut, et que le savant professeur avait d'abord adopté purement et simplement. M. Demante, tout en maintenant que notre article admet la rescision pour les actes régulièrement faits par le tuteur ou avec l'assistance du curateur, propose, comme moyen terme et comme transaction entre les deux systèmes contraires, de n'admettre aussi que cette rescision pour lésion, et non la nullité pour incapacité, contre les actes que le mineur aurait faits seul, quoiqu'il fût inhabile à les consentir (II, 782, note).

Ce système, dont M. Demante lui-même avoue la bizarrerie, ne nous paraît pas plus acceptable que celui de Merlin. Comment, en effet, le législateur aurait-il entendu mettre sur la même ligne les actes régulièrement accomplis par le tuteur ou avec le curateur, et ceux que le mineur aurait passés seul, en dehors de sa capacité?... Que les premiers soient seulement rescindables pour lésion et les autres annulables sans lésion, comme le veut l'un des deux systèmes exposés, cela se conçoit; que les seconds n'étant que rescindables pour lésion, les premiers soient pleinement inattaquables, comme l'autre système l'enseigne, cela se conçoit également; mais que les uns et les autres soient exactement sur la même ligne, c'est ce qui ne se peut pas. En effet, si les actes que la loi veut être faits par le tuteur ou avec le curateur devaient avoir la même valeur quand ils seront faits par le mineur lui-même, il est bien clair que le législateur ne se serait pas donné la peine d'organiser la tutelle et la curatelle, qui ne devraient servir *à rien!*

De deux choses l'une, évidemment : ou bien la rescision pour lésion est le résultat même de l'incapacité du mineur, qui sera une incapacité d'une nature toute spéciale (comme le pensent Proudhon, Delvincourt, M. Duranton, etc.), et alors c'est seulement quand l'acte aura été fait par le mineur incapable de le faire, que cette rescision sera possible; ou bien, la rescision est indépendante de l'incapacité, qui sera toujours l'incapacité générale et ordinaire (comme le disent Toullier, M. Troplong et M. Demante lui-même), et alors, il faut bien que cette incapacité produise son effet, c'est-à-dire le droit de faire annuler l'acte sans aucune question de lésion.

887. Nous restons donc en face de deux systèmes seulement, dont l'un déclare le mineur restituable *comme mineur* pour les actes qu'il a faits par lui seul en dehors de sa capacité, et *comme lésé* pour ceux qui sont faits par le tuteur ou avec le curateur, tandis que l'autre ne lui accorde que la restitution pour lésion dans les premiers, sans aucune restitution possible pour les seconds.

Dans le premier système, lorsque la loi déclare soustraits à la restitution pour lésion certains actes soumis à des conditions spéciales, quand ces formalités ont été accomplies (art. 1309, 1314, 463, etc.), c'est une *exception* s'expliquant par les garanties plus grandes dont l'acte est alors entouré, et qui est d'ailleurs prouvée telle par cette considération, que le législateur n'aurait pas pris la peine d'exprimer l'impossibilité de la restitution pour lésion dans tels cas particuliers, si cette impossibilité avait été la règle générale. Dans le second système, au contraire, ce n'est que l'application du principe général, application que le législateur a eu soin d'exprimer formellement pour certains cas, parce que c'était surtout dans ces cas que la restitution avait lieu dans l'ancien droit, qu'il voulait changer en ce point.

C'est entre ces deux systèmes qu'il nous faut opter.

III. — 888. S'il s'agissait d'établir *à priori*, et sans se préoccuper des textes du Code, le meilleur régime de protection des mineurs, peut-être n'adopterions-nous ni l'un ni l'autre des deux systèmes proposés; car le premier nous paraît accorder trop aux mineurs, et le second trop peu. Que s'il s'agissait de choisir celui de ces deux systèmes qui paraît le plus logique au point de vue du Code, qui se trouve être le mieux en harmonie avec tout l'ensemble de ses dispositions, nous n'hésiterions pas à conserver le premier, que nous avions suivi jusqu'ici; car le second accuse dans la loi une incohérence d'idées vraiment étrange.

Mais il ne s'agit ici de trouver, ni le meilleur système possible absolument, ni même le plus rationnel de ceux auxquels on peut plier les textes de la loi; il s'agit de rechercher franchement ce qu'a voulu le législateur. Or, il nous paraît certain aujourd'hui que le second système est bien celui qu'il a entendu établir; et nous pensons que si les interprètes s'étaient préoccupés de trouver, non ce que la loi devait faire, mais ce qu'elle a fait, de ne pas transformer (comme on le fait si souvent) une question *de droit* en question *de législation*, et surtout d'examiner, sur notre question, les travaux préparatoires du Code, on ne serait probablement pas tombé, sur un point si grave, dans la diversité d'opinions que nous avons signalée.

889. La rescision pour lésion n'est ouverte au mineur que pour les actes qu'il a faits seuls et qui devaient être faits par le tuteur ou avec le curateur. En d'autres termes, le mineur est incapable; mais son incapacité n'a pas la même nature que celle de l'interdit ou de la femme mariée, et au lieu de permettre l'annulation de l'acte par elle-même, cette incapacité ne l'autorise que pour cause de lésion... Bon ou mau-

vais, logique ou non, bien ou mal présenté par les textes, tel est le système du Code.

Nous avons dit que ce système, même sans l'apprécier *en lui-même* et sans recourir aux *considérations* plus ou moins puissantes par lesquelles il peut être critiqué (considérations dont on devrait toujours se défier dans les questions de droit, puisqu'elles tendent à substituer la pensée, excellente peut-être, de l'interprète à la pensée de la loi), jette dans l'ensemble des dispositions du Code une étrange confusion, une incohérence inexcusable.

Et en effet, l'art. 1108 pose en principe fondamental que quatre conditions sont essentielles à la validité d'une convention, et que l'une de ces conditions est la *capacité de contracter;* puis les art. 1124 et 1125 déclarent *incapables de contracter,* en les mettant tous au même rang, les interdits, les femmes mariées, et comme eux les *mineurs :* ceux-ci se trouvent même en première ligne. Et voilà que, plus tard, notre section viendra expliquer, ou plutôt établir sans explication et implicitement, que l'incapacité du mineur diffère grandement de celles de l'interdit et de la femme mariée, et que le mineur est incapable non pas précisément de *contracter,* mais seulement *de se léser* par son contrat! N'est-ce pas, en définitive, se mettre en contradiction flagrante avec l'art. 1124 et dire que *les mineurs sont capables de contracter* et seulement restituables pour lésion?... Et quand les mineurs, sauf restitution pour lésion, seront ainsi capables de contracter par eux-mêmes et sans avoir besoin de curateur ni de tuteur, jusqu'à quel âge descendra cette capacité? un enfant de sept ou huit ans pourra-t-il donc, sauf restitution seulement pour lésion, faire des conventions obligatoires?...

890. Mais si vicieux que soit, au moins tel qu'il est écrit dans le Code, le système dont il s'agit (et dont la critique pourrait être poussée plus loin), il nous paraît certain qu'il est celui du législateur : nous en trouvons la preuve : 1° dans les textes de notre section, 2° dans la comparaison du Code avec le dernier état de l'ancien droit, et surtout 3° dans les explications données au Tribunat et au Corps législatif.

1° Et d'abord, les textes de notre section supposent partout des actes accomplis par le mineur lui-même, et jamais un acte fait par le représentant de ce mineur. Ainsi l'art. 1304 parle successivement des actes passés par des femmes mariées non autorisées, des actes faits par les interdits, et enfin des actes *faits par les mineurs.* — L'art. 1305, et après lui l'art. 1306 qui n'en est que l'accessoire, ne présentent rien qui fasse même allusion au cas d'un tuteur agissant pour son mineur. — L'art. 1307 s'occupe du cas où le mineur se serait faussement déclaré majeur, ce qui suppose nécessairement un mineur ayant agi seul et en dehors de sa capacité. — L'art. 1308 parle des engagements que le mineur commerçant a pris à raison de son commerce, engagements qu'il a capacité pour faire seul et sans tuteur ni curateur. — L'art. 1309 s'occupe des conventions matrimoniales, dans lesquelles, comme on

l'a déjà vu, le mineur, même en tutelle, agit personnellement. — L'article 1310 parle des obligations auxquelles le mineur se trouve soumis par suite de son délit ou quasi-délit, et l'envisage encore, par conséquent, dans un cas où il agit seul. — L'art. 1311 déclare que sa ratification le rend non recevable à critiquer l'acte *qu'il avait souscrit en minorité*. — L'art. 1312, en parlant de l'effet de l'annulation obtenue par les femmes, les interdits ou les mineurs, se réfère par là à l'article 1304, et suppose dès lors, comme celui-ci, des actes faits par la femme, par l'interdit, ou *par le mineur*. — Quant aux art. 1313 et 1314, ils entrent dans un autre ordre d'idées : le premier n'est relatif qu'aux majeurs; et le second déclare que, même dans les actes les plus importants de ceux qui intéressent les mineurs, l'accomplissement des formalités requises les fait considérer comme faits par des majeurs.

Ainsi, tous les articles de notre section, moins les deux derniers qui passent à un autre ordre d'idées, s'occupent du mineur agissant personnellement, et accomplissant par lui-même l'acte dont il est incapable; et tandis que Pothier (*Proc. civ.*, part. 5, ch. 4, art. 2, § 1) disait nettement que la restitution avait lieu « pour les actes que le mineur a passés sous l'autorité du tuteur, et pareillement pour ceux que le tuteur a passés lui-même en qualité de tuteur », le Code s'est bien gardé de rien dire qui puisse faire croire à une rescision des actes faits par le tuteur ou avec le curateur. Bien mieux, l'art. 1307 (et il en est de même des trois articles qui le suivent) dénote bien la pensée contraire par sa combinaison avec le précédent. En effet, après avoir dit (1306) que la *lésion* ne donne pas lieu à la restitution du mineur quand elle résulte d'un événement imprévu, le législateur ajoute (1307) que la circonstance que le mineur se serait déclaré majeur n'empêche pas cette restitution. Évidemment, c'est bien de la restitution *pour lésion* qu'il s'agit; or, si le législateur avait entendu qu'un mineur, agissant par lui-même au lieu de laisser agir son tuteur, faisait des actes nuls pour le fait même d'incapacité (indépendamment de l'idée de lésion), il aurait dit que la fausse déclaration laisse au mineur son action en nullité, et non pas qu'elle lui laisse la restitution *pour lésion*.

2° La comparaison des règles incontestées et incontestables du Code Napoléon avec le dernier état du droit antérieur, révèle bien clairement encore la pensée du législateur sur le point qui est ici en contestation. Pothier, en effet, après avoir développé le droit de rescision, quant aux actes d'une grande importance, nous apprend que de son temps déjà on n'admettait pas la rescision pour lésion dans les actes de pure administration régulièrement faits par le tuteur (*loc. cit.*, alin. dern.). Or, comment le Code, qui rejette positivement la rescision (art. 1314) dans les actes importants pour lesquels le droit antérieur l'admettait (la vente d'immeubles, par exemple), aurait-il pu vouloir l'admettre pour ces actes d'un usage quotidien dans lesquels ce droit antérieur la repoussait déjà?... En vain on dit que si le Code n'admet pas la rescision pour les actes importants dont nous parlons, c'est à cause des garanties qui les entourent, et que ce n'est pas une raison pour la repousser dans les

actes ordinaires. Ces garanties existaient aussi dans l'ancien droit, et la rescision avait néanmoins lieu : « Vainement, disait Henrys, on aura observé les formalités, avis de parents, rapports d'experts, décrets du magistrat ; tout cela n'empêchera pas que le mineur ne puisse rentrer dans son bien, s'il se trouve quelque lésion (II, p. 257). » Encore une fois, peut-on croire que le législateur ait entendu admettre la rescision dans les circonstances où l'ancien droit avait fini par la rejeter, lui qui l'écarte des cas dans lesquels on avait cru indispensable de la maintenir?

3° Enfin, si quelques doutes pouvaient rester sur la pensée du législateur, ils disparaîtraient devant les explications formelles qui ont été données lors de l'adoption de notre titre. Voici dans quel sens notre art. 1305 a été présenté au Corps législatif : « Il résulte *de l'incapacité* du mineur non émancipé qu'il suffit *qu'il éprouve une lésion* pour que son action en rescision soit fondée... Le *résultat de son incapacité* est *de ne pouvoir être lésé* ET NON PAS DE NE POUVOIR CONTRACTER. » (Fenet, t. XIII, p. 283.) — De même, devant le Tribunat, il est formellement déclaré que, « pour ce qui est *des femmes et des interdits,* ils n'auraient besoin *que d'invoquer leur incapacité* », mais qu'il en est autrement pour les mineurs. « S'il s'agit d'un mineur non émancipé, *la simple lésion* donne lieu à la rescision. *Il ne sera pas restitué* comme mineur; il pourra l'être *comme lésé*... S'il s'agit d'un mineur émancipé, et si la convention excède les bornes *de sa capacité,* il peut se prévaloir *de la simple lésion.* » (*Ibid.,* p. 371 et 372.)

Aussi la question, que l'on désirait depuis longtemps voir jugée par la Cour suprême, et qui s'est enfin présentée devant elle le 18 juin 1844, y a été décidée très-nettement dans notre sens (Dev., 44, I, 497).

IV. — 891. Ainsi, pour tous les actes qui sont faits régulièrement par le tuteur avec l'assistance du curateur, il n'y a pas de restitution possible. Et il en serait de même de ceux qu'un pupille aurait faits personnellement, mais avec l'assistance de son tuteur; car, bien que, dans notre droit, le tuteur doive représenter le mineur, c'est-à-dire agir lui-même à sa place, et non pas seulement l'autoriser, cependant l'acte serait évidemment valable par l'intervention de ce tuteur, puisqu'en y concourant et en y consentant, le tuteur en assume la responsabilité tout aussi bien que s'il le faisait seul : l'acte étant accompli alors par le pupille et le tuteur tout ensemble, il est clair que la présence (inutile et insignifiante) du premier ne saurait rendre inefficace la présence (nécessaire) du second.

Quant aux actes que le mineur a faits par lui seul et en dehors de sa capacité (c'est-à-dire tout acte quelconque, si le mineur n'est pas émancipé; et, pour l'émancipé, tout acte pour lequel l'assistance du curateur était requise), le mineur pourra, pendant dix ans, à partir de sa majorité, les faire briser par la justice, s'il établit que l'acte lui a été préjudiciable (1).

---

(1) *Voy.* Rouen, 23 juill. 1858 (Dev., 59, II, 630); Paris, 18 juill. 1864 (Dev., 64,

Nous disons que c'est au mineur d'établir la lésion qu'il prétend avoir éprouvée; car c'est toujours à celui qui élève une prétention de prouver qu'elle est fondée. Et, bien entendu, il faut une lésion de quelque importance. Sans doute, elle n'a pas besoin d'être grande, puisque la loi veut que la rescision soit admise pour *la simple lésion;* mais cette disposition, comme toute autre, doit s'entendre raisonnablement, et il faut une lésion sensible, sérieuse, et qui mérite d'être prise en considération : le juge ne pourrait pas tenir compte d'une bagatelle, *de minimis non curat prætor*.

892. Il nous reste une dernière observation à faire... Quoique la loi n'admette pas au profit du mineur (comme elle le fait pour la femme mariée, l'interdit et la personne soumise à un conseil judiciaire) la nullité de ses actes pour le seul fait d'incapacité, et qu'elle regarde ces actes comme validement accomplis, sauf l'effet de la lésion, il est bien clair, néanmoins, qu'on ne pourra pas accepter comme légalement existante la convention d'un mineur encore dépourvu de raison, celle d'un enfant de cinq ans, par exemple. La validité, sauf l'effet de la lésion, n'existera que pour les mineurs ayant déjà l'*animi judicium;* quant aux autres, leurs actes seront nuls, non plus pour l'*incapacité* légale résultant de la minorité (art. 1124) et qui fait disparaître la seconde des quatre conditions exigées par l'art. 1108, mais pour le défaut du *consentement,* qui forme la première de ces quatre conditions. Et, dans ce cas, l'acte serait *nul* dans le sens rigoureux de ce mot, c'est-à-dire inexistant; car, ainsi que nous l'avons dit déjà plusieurs fois, si le *vice* du consentement fait obstacle à la validité d'une convention, il est clair que l'*absence* de ce consentement fait obstacle à sa formation même. — Le point de savoir si le mineur a pu consentir ou non, et si son acte doit être déclaré néant, ou reconnu valide sauf la preuve de lésion, sera un point de fait laissé à l'appréciation du juge (1).

1306. — Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu.

893. Pour que la lésion éprouvée par un mineur lui permette de faire rescinder un acte, il est clair que cette lésion doit résulter de l'acte

---

II, 290); Demolombe (VII, nos 817 et suiv.); Larombière (IV, p. 120, no 11); Aubry et Rau (III, § 335, note 8, p. 181).

(1) Nous trouvons ici une nouvelle preuve de ce que nous avons dit sous l'art. 1108, no III, que l'acte fait par un interdit dans un moment où il est privé de sa raison ne serait pas seulement annulable pour incapacité, mais proprement nul par défaut de consentement. En effet, si on admettait, avec M. Zachariæ et d'autres auteurs, que l'incapacité légale et générale qui protége l'interdit à chaque instant absorbe et fait disparaître la nullité pour défaut de consentement, de façon que, dans quelque circonstance que ce soit, l'interdit ne pourra plus argumenter que de cette incapacité, il faudrait en dire autant de l'incapacité organisée pour le mineur; en sorte qu'on arriverait à ce résultat que, sauf la restitution extraordinaire, pour lésion, la convention que j'aurais faite avec un enfant de trois ou quatre ans serait parfaitement valide et inattaquable !!!

lui-même et non d'un accident postérieur; que l'acte ait été la cause et non pas seulement l'occasion du préjudice. Ainsi, quand le mineur a acheté un animal qui a péri ensuite par cas fortuit, ou une maison qui s'est trouvée plus tard dévorée par un incendie, il n'y a pas lieu à restitution; car ce n'est pas dans le contrat, mais dans un accident postérieur et imprévu lors de ce contrat, que le dommage subi par le mineur trouve sa cause.

Du reste, quand on dit que le dommage doit résulter de l'acte, il faut entendre ceci avec une certaine latitude, et aussi bien de l'exécution de l'acte, et des frais qu'il a naturellement entraînés après lui, que de l'acte en lui-même. Ainsi, quand le mineur a vendu pour 400 francs un objet qui en valait 500, la lésion se trouve dans le contrat lui-même; mais ce ne sera pas là le seul cas de rescision, et si l'acheteur, tout en prenant l'objet pour sa juste valeur, avait fait l'imprudence d'en payer le prix à un jeune étourdi qui l'avait dissipé en folles dépenses, la rescision aurait encore lieu. Le préjudice, en effet, résulterait alors de l'exécution de l'acte, d'un fait bien facile à prévoir par l'acheteur, et nullement d'un *accident casuel et imprévu*.

1307. — La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution.

894. Nos anciens auteurs avaient déjà fait observer que la circonstance qu'un mineur s'est tout simplement déclaré majeur, sans donner aucune preuve à l'appui de son affirmation, ne pouvait pas faire obstacle à la restitution, attendu qu'il est bien facile à celui qui traite avec un mineur de ne pas se contenter de cette déclaration, et qu'une telle clause, si on lui donnait l'effet d'empêcher la rescision, deviendrait de style dans toutes les conventions. Mais on a toujours été d'accord pour reconnaître que le droit de faire rescinder s'évanouirait si le mineur, au lieu de faire seulement à cet égard une déclaration pure et simple, arrivait à tromper l'autre partie sur son âge par des manœuvres frauduleuses; par exemple, en présentant un faux acte de naissance (Pothier, *loc. cit.*; Domat, part. 1, liv. 4, tit. 6, sect. 2, n° 7).

La raison dit assez, et il a d'ailleurs été formellement déclaré au Corps législatif et au Tribunat, qu'il en serait de même sous le Code (Fenet, t. XIII, p. 289 et 373).

1308. — Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art.

895. L'art. 487 nous avait déjà dit que le mineur légalement autorisé à faire le commerce est réputé majeur pour les faits relatifs à ce commerce. D'après l'art. 2 du Code de commerce, le mineur n'est capable et réputé majeur pour faire le commerce que sous les quatre con-

ditions suivantes : 1° qu'il soit émancipé ; 2° qu'il soit âgé de dix-huit ans accomplis ; 3° qu'il soit autorisé par son père, ou à défaut du père, par sa mère, ou à défaut des père et mère, par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal civil ; 4° enfin, que l'acte d'autorisation soit enregistré et affiché au tribunal de commerce.

1309. — Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage.

896. Le mineur n'a besoin, pour arrêter ses conventions matrimoniales, que des consentements qui lui sont nécessaires pour le mariage lui-même. Ainsi, par exemple, une jeune fille de seize ans, qui n'a pas d'autre ascendant qu'une aïeule, et qui est sous la tutelle d'un oncle ou de tout autre, pourra faire avec son futur époux toutes stipulations et donations quelconques dans son contrat de mariage, par elle-même et sans aucun besoin de son tuteur, pourvu seulement qu'elle soit assistée par son aïeule, attendu qu'elle n'a besoin que du consentement de cette aïeule pour contracter le mariage lui-même (art. 150). Les conventions ainsi arrêtées auront la même force que si elles étaient faites par un majeur : *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

1310. — Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit.

897. En protégeant le mineur contre son inexpérience, et en le déclarant restituable contre ses conventions, la loi ne pouvait pas l'autoriser à nuire impunément à autrui. Si donc le mineur ne s'oblige pas pleinement par ses contrats, il s'oblige tout aussi bien qu'un majeur par ses faits illicites ; et la nécessité où il est de réparer le tort causé par ses délits ou quasi-délits n'admet aucune restitution (1).

Mais si le mineur transigeait lui-même sur ces dommages-intérêts, et que sa transaction présentât une lésion, elle serait évidemment rescindable, puisque la lésion proviendrait alors d'un contrat. Le mineur serait également restituable contre l'acte par lequel il aurait passé reconnaissance d'un prétendu délit ou quasi-délit ; car, ici encore, ce serait par l'effet direct de sa volonté, et non plus seulement par le résultat forcé d'un fait, qu'il se mettrait dans les liens d'une obligation : il faut que le mineur laisse faire la preuve du délit, ou que la reconnaissance en soit faite par son représentant légal ; il n'est pas apte à la faire lui-même.

898. Le mineur serait-il privé de la restitution par cela seul qu'il

(1) *Voy.* Cass., 19 fév. 1856 (Dev., 56, I, 301 ; Dall., 56, I, 86).

aurait traité avec un autre mineur? Non, évidemment : la rescision appartient au mineur par sa qualité même, absolument, et indépendamment dès lors de la qualité des personnes avec lesquelles il a traité. Et il en serait ainsi quoique l'autre mineur dût subir un préjudice de l'admission de la rescision. Ainsi, quand un mineur a emprunté à un autre mineur une somme qu'il a follement dissipée, on rescindra son obligation de restituer cette somme, qui sera ainsi perdue pour celui qui l'a prêtée.

Que si les deux mineurs avaient été lésés l'un et l'autre, la restitution pourrait être demandée par chacun, sauf à ne produire de part et d'autre que les effets légalement possibles. Ainsi, par exemple, si un mineur vend à un autre mineur, pour 600 francs, un cheval qui n'en vaut que 300, et qu'il reçoive et dépense follement les 600 francs avant d'avoir livré le cheval, il pourra faire rescinder son obligation de livrer ce cheval, sans que pour cela le second mineur puisse obtenir le recouvrement de ses 600 francs. Si, au contraire, les 600 francs avaient été employés utilement par le vendeur, l'acheteur, en faisant rescinder, en obtiendrait le remboursement, quand même le vendeur ne demanderait pas la rescision de son côté.

En un mot, la rescision pourra toujours être obtenue par un ou chacun des mineurs lésés; mais, bien entendu, son effet (qui est de remettre les choses au même état qu'avant l'acte rescindé) s'arrêtera devant l'impossible. Or il est légalement impossible, d'après l'article 1312, de faire restituer par le mineur ce qu'il a reçu sans en profiter; on ne peut lui reprendre que ce dont il s'est enrichi (Domat, *loc. cit.*, n° 18; Merlin, *Rép.*, v° Min., § 9; Toullier, VII, 591).

1311. — Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution.

899. Lorsque le mineur, devenu majeur, ratifie l'acte qu'il aurait pu faire briser, soit pour l'absence des formes spéciales auxquelles la loi l'avait soumis dans l'intérêt de l'incapable, soit pour lésion, il est clair que cet acte devient inattaquable, et se trouve mis par la ratification à l'abri de toute critique ultérieure.

Nous disons que l'engagement *nul en la forme,* dont parle notre article, est celui pour lequel la loi avait exigé des formes protectrices de la minorité, qui ont été omises : comme serait une vente d'immeubles qui aurait été consentie, soit par le mineur, soit par son tuteur, sans l'autorisation du conseil de famille, ou sans que cette autorisation eût été homologuée par le tribunal. En effet, il ne peut pas être question ici d'un acte solennel, nul pour inobservation des formes nécessaires à son existence (une hypothèque ou une donation); puisque, dans ce cas, l'acte étant *nul* dans le sens propre du mot, c'est-à-dire inexis-

tant, il ne pourrait pas être ratifié, et que notre article parle, au contraire, d'un cas où la ratification vient rendre l'acte inattaquable. Il ne s'agit pas d'ailleurs des formes requises pour la preuve de la convention; car la place de l'article démontre de reste que le législateur ne s'y occupe que des nullités relatives à la minorité. Il n'y a donc pas de difficulté sérieuse sur ce point; et cette solution va nous aider à résoudre une autre question à laquelle donne lieu la combinaison de notre article avec l'art. 1305.

900. On s'est demandé si les actes qu'un tuteur aurait passés sans l'accomplissement des formes spéciales exigées pour la protection du mineur (par exemple, une vente d'immeubles qu'il aurait faite sans autorisation du conseil de famille) ne pourraient être attaqués que pendant dix ans, conformément à l'art. 1304, ou si l'action en nullité ne durerait pas ici trente années.

Plusieurs auteurs, notamment M. Duranton (III, 538, X, 282, et XII, 535), pensent que l'action dure alors trente ans, et la raison qu'ils en donnent, c'est que le tuteur qui agit ainsi au nom de son pupille sans remplir les formalités voulues par la loi se trouve alors avoir agi sans qualité : c'est comme si l'acte avait été fait par un étranger; c'est, dit M. Duranton, comme si Pierre avait vendu le bien de Jean sans la participation de celui-ci.

C'est là, selon nous, une erreur résultant de l'assimilation inexacte que l'on fait entre un tuteur et un mandataire ordinaire... Quand j'ai donné à une personne le mandat de faire pour moi un acte sous telle ou telle condition, et de telle ou telle manière, il est clair que le pouvoir que je lui confère est subordonné à l'accomplissement des règles par moi tracées, et qu'en dehors de ces règles, cette personne cesse de me représenter et me devient complétement étrangère; mais il n'en est pas ainsi du tuteur. Sa qualité de représentant du mineur n'est pas subordonnée à l'emploi des formalités à suivre; elle est établie indépendamment de toute condition et résulte absolument et pour tous les cas possibles de l'art. 450, qui déclare que c'est le tuteur qui représente le pupille dans tous les actes de la vie civile. Si donc ce tuteur, dans telle circonstance donnée, n'agit pas d'après les règles que la loi lui impose, il est représentant négligent ou infidèle, mais il est toujours représentant. Donc, l'acte fait par ce tuteur peut bien être irrégulier, vicieux, annulable; mais il ne peut pas être inexistant et non avenu, comme serait celui qu'un étranger viendrait faire relativement aux biens du mineur.

En effet, si l'acte accompli par un tuteur sans l'observation des formes voulues était nul proprement, inexistant, il ne pourrait donc pas être validé; il pourrait être *remplacé* par un acte *nouveau*, mais non pas ratifié; car on ne ratifie pas le néant : *quod nullum est confirmari nequit*. Or nous venons de voir que la ratification de cet acte par le mineur devenu majeur aurait son plein effet. L'acte est donc annulable seulement : tout vicieux et irrégulier qu'il est, il n'en

émane pas moins du *représentant* du mineur ; et rien, dès lors, ne le soustrait à la prescription ordinaire de dix ans fixée par l'art. 1304 pour ces sortes d'actes (1).

1312. — Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit.

901. L'effet de la nullité ou de la rescision, prononcées par le juge, est d'anéantir l'acte qui en est l'objet, de le rendre légalement non avenu, et de remettre par conséquent les choses en l'état où elles étaient avant l'accomplissement de cet acte.

Il suit de là que l'annulation ou la rescision met les parties dans la nécessité de restituer tout ce qu'elles ont pu recevoir en vertu de l'acte annulé ou rescindé. Mais ce principe, qui s'applique rigoureusement aux majeurs capables, reçoit exception, d'après notre article, pour les mineurs, les interdits et les femmes mariées. Ceux-ci ne sont tenus de restituer ce qu'ils ont reçu que dans les limites dans lesquelles ils se sont enrichis ; et c'est à celui qui leur demande la restitution à prouver qu'ils ont profité de la chose (2).

1313. — Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent Code.

902. La lésion ne donne lieu à rescision au profit des majeurs, 1° que dans les partages, quand elle est de plus d'un quart (art. 887) ; et 2° dans les ventes d'immeubles (au profit du vendeur seulement), quand elle est de plus des sept douzièmes (art. 1674).

1314. — Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité ou avant l'interdiction.

903. Nous savions déjà que le Code, changeant en ce point les règles

(1) Jurisprudence constante depuis 1833 : Cass., 25 nov. 1835; Nîmes, 14 janv. 1839; Paris, 2 nov. 1842; Grenoble, 10 juin 1842; Rouen, 17 janv. 1846; Lyon, 23 nov. 1850 (Dev., 36, I, 130; 39, II, 369; 41, II, 134; 43, II, 144; 47, II, 351; 51, II, 87); Solon (II, 468); Zachariæ (II, p. 445).

(2) *Voy.* Bordeaux, 16 mars 1854; Cass., 24 janv. 1855 (Dev., 54, II, 694; 56, I, 56; Dall., 55, II, 246, et I, 95; *J. Pal.*, 55, II, 137 et 365).

de notre ancien droit, déclare pleinement inattaquables les actes faits au nom des mineurs avec l'accomplissement des formalités spéciales exigées par la loi; et nous avons vu que c'est là une des raisons de décider, comme l'a fait la Cour suprême par son arrêt du 18 juin 1844, que la rescision pour lésion n'est admise aujourd'hui contre aucun des actes régulièrement faits par le tuteur (ou le père, administrateur légal), ou avec l'assistance du curateur.

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

EXPLIQUÉES DANS LE QUATRIÈME VOLUME.

Pages

FIN DE LA TABLE.

PARIS. — TYPOGRAPHIE DE J. BEST,
rue Saint-Maur-Saint-Germain, 15.


BIBLIOTHECA BODLEIANA


BIBLIOTHECA · BODLEIANA ·